

Tendances et risques légaux associés aux achats publics responsables

Rapport final

présenté au Groupe d'approvisionnement en commun de l'est du
Québec (GACEQ)

Par

Geneviève Dufour, professeure, UdeS

David Pavot, post-doctorant et chargé de cours, UdeS

29 octobre 2014

Table des matières

Table des matières	2
Mandat	3
Méthodologie	4
Résultats	5
Réponse aux questions posées par le GACEQ	7
<i>Est-ce possible de privilégier l'achat local</i>	7
<i>Peut-on favoriser les PME ou les entreprises à statut particulier ?</i>	12
<i>Que signifie l'expression « tout critère lié à l'objet du marché » ?</i>	17
<i>Quelles sont les voies de passage pour insérer du développement durable dans les appels d'offres?</i>	20
<i>L'acheteur public peut-il imposer des exigences relatives à la chaîne d'approvisionnement ou prendre en compte le cycle de vie.</i>	31
<i>La norme Iso 26 000 impose-t-elle des obligations aux acheteurs ?</i>	34
<i>Quel est l'impact de l'existence d'une certification sur la marge de manœuvre de l'acheteur public et quelles formes de preuve peut-il accepter ?</i>	36
<i>Quelle est la fonction des normes internationales ?</i>	39
<i>La loi québécoise oblige-t-elle à acheter conformément au principe de développement durable ?</i>	43
<i>L'achat responsable est-il plus cher si l'on tient compte du coût total d'acquisition ?</i>	45
Analyse de législation comparée relative aux politiques d'achats publics responsables	48
<i>Chili</i>	48
<i>Tunisie</i>	51
<i>Afrique du Sud</i>	54
<i>Japon</i>	58
<i>Massachusetts</i>	62
<i>Connecticut</i>	64
<i>Vermont</i>	66
<i>Maine</i>	68
<i>New York</i>	69
<i>Union européenne</i>	71
<i>Colombie-Britannique</i>	80

Mandat

Identifier la marge de manœuvre offerte par le cadre normatif québécois aux acheteurs publics dans la formulation d'exigences de développement durable dans les appels d'offres publics, en s'inspirant de ce qui se fait au niveau international et à l'étranger, tout en préservant un niveau raisonnable de risques de poursuite. Plus précisément, on nous a demandé de

- Répondre aux interrogations qui se posent aux acheteurs suite aux expérimentations (réponses aux questions posées)
- Constituer une banque de stratégies appliquées au moyen d'une recherche à l'internationale et dans les autres pays (analyse de législation comparée).
- Organiser deux ateliers afin de communiquer les résultats de l'étude.

Méthodologie

- Analyse du cadre normatif québécois, couplée d'une recherche de la jurisprudence québécoise. Le cadre normatif québécois inclut la Loi sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics et le Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics, ainsi que l'Accord sur le commerce intérieur.
- Analyse du cadre normatif international, incluant l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce, l'Accord économique global (la zone de libre-échange créée récemment entre le Canada et l'Europe), l'Accord de libre-échange nord-américain, les directives de passation des marchés, de fournitures, de travaux et de services par les emprunteurs de la Banque mondiale dans le cadre des prêts de la BIRD et des crédits et dons de l'AID.
- Analyse du cadre normatif de différents pays, sélectionnés soit en raison de leur similarité de développement (Union européenne, Colombie-Britannique, États-Unis : Maine, New York, le Massachusetts, Connecticut, Vermont), soit parce qu'ils figurent sur la liste du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) comme pays pilotes en matière d'achat responsable (Chili, Tunisie, Afrique du Sud, Japon).
- Recherche de jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.
- Recherche de littérature.
- Rencontre avec diverses parties prenantes : GACEQ, Service d'approvisionnement de l'Université de Sherbrooke, MAPAQ, Secrétariat du Conseil du trésor, Firme d'avocats Morency.

Résultats

Réponse aux questions posées par le GACEQ : ce document présente les réponses aux questions posées par le GACEQ. Les réponses tiennent compte de ce qui existe au Québec tout en tentant d'identifier les voies de passage permises en s'inspirant du cadre international et étranger.

Analyse de législation comparée relative aux politiques d'achats publics responsables : ce document constitue un catalogue de libellés de textes légaux. Il reproduit les dispositions pertinentes du cadre normatif de certains pays ayant des politiques d'achat responsable et permet d'identifier les stratégies appliquées à l'étranger. Une analyse de ces dispositions est incluse de manière à bien les comprendre et à saisir les visions et tendances d'achat public responsable. Il ne s'agit pas d'une étude exhaustive visant tous les pays qui ont des pratiques d'achat public responsable, mais simplement d'un panel représentant ce qui se fait ailleurs dans le monde. Il pourrait être très intéressant de continuer à l'enrichir car les pratiques à l'international et à l'étranger s'avèrent extrêmement inspirantes. L'analyse est à jour au 21 octobre 2014.

Stratégie pour une meilleure prise en compte du développement durable dans les appels d'offres au Québec : Cette stratégie sera présentée lors d'un déjeuner-causerie le 17 novembre 2014. Elle résume les résultats de la recherche en proposant diverses voies de passage permettant à l'acheteur public lors de chaque étape de la formulation de ses appels d'offres d'inclure des considérations de développement durable. Elle interprète le cadre normatif québécois en exploitant

les ouvertures laissées tout en s'inspirant de ce qui se fait à l'étranger et dans la sphère internationale.

Réponse aux questions posées par le GACEQ

<i>Est-il possible de privilégier l'achat local?</i>

« Comment contribuer à augmenter la part de produits du Québec dans nos paniers d'achats publics? Certains secteurs sont-ils exemptés du libre-échange, pour tolérer l'achat local en agroalimentaire ou pour revaloriser les déchets produits chez nous? Pourrait-on « distinguer » nos produits (en agroalimentaire : + sains, + écologiques, + goûteux)? »

Le droit international économique pose un principe de base, considéré comme la clé de voûte du système commercial multilatéral : la non-discrimination. Suivant ce principe, deux règles s'imposent à tous les États : 1) principe du traitement national : non-discrimination entre les produits locaux et les produits étrangers et 2) Clause de la nation la plus favorisée : non-discrimination entre les produits provenant de partenaires économiques différents (sous réserve d'un accord de libre-échange).

Suivant la première règle, il est donc interdit pour un État (ou une de ses entités) d'adopter des mesures dans le but de privilégier la commercialisation des produits fabriqués sur son territoire (discrimination *de jure*). **En conséquence, privilégier l'achat local apparaît tout à fait contraire aux règles du commerce international.**

Dès lors, l'objet d'un marché public qui atteint les seuils fixés par les accords de libéralisation des échanges ne peut jamais être d'acheter local.

Cela n'empêche toutefois pas certains États d'aller à l'encontre de la règle et d'imposer ou d'inviter leurs entités à exiger l'achat local. C'est le cas de la **Tunisie** qui précise dans son décret que « les spécifications doivent être définies de façon à [...] promouvoir la production nationale » (Décret n° 2002-3158, art. 9). Cette pratique est contraire à la règle de traitement national. Le **Vermont** quant à lui a adopté une loi qu'on peut considérer comme étant à la limite de la légalité (Statuts du Vermont, titre 29, par. 903). En effet, leur loi sur l'achat responsable incite fortement à privilégier les fournisseurs locaux puisque s'il y a une offre d'un fournisseur du Vermont, l'acheteur public a l'obligation de justifier la raison pour laquelle il n'a pas retenu cette offre. Cette loi va même jusqu'à inciter les acheteurs à retenir les offres qui utilisent les chemins de fer du Vermont pour la livraison (mentionnons que l'État du Vermont est propriétaire des chemins de fer). Cette disposition a eu pour effet d'augmenter considérablement l'achat local au Vermont.

Au Québec, l'Accord intergouvernemental sur les marchés publics entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'État de New York s'applique aux contrats d'approvisionnement supérieurs à 25 000\$ mais ne s'applique pas au domaine de la santé et des services sociaux. Il constitue un bon exemple du principe de non-discrimination et des exceptions qui peuvent être incluses. Il précise que les fournisseurs new-yorkais doivent être traités de la même façon que les fournisseurs québécois et que les contrats publics doivent être traités en

ne tenant pas compte de l'origine des produits. Cet accord contient toutefois une exception à l'égard des produits de pain et de lait. L'appel d'offres peut clairement exiger que ces produits doivent être d'origine canadienne. (Conseil du trésor, Politique de gestion contractuelle concernant la conclusion des contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction des organismes publics, Section 1).

Malgré l'existence du principe de non-discrimination basée sur l'origine du produit, un **État a le droit de réglementer ce qui est commercialisé sur son territoire, et ce, même si dans les faits, la réglementation a pour effet de privilégier les produits locaux**. En effet, si l'État ne peut pas réglementer pour discriminer favorablement les produits nationaux des produits étrangers (discrimination *de jure*), il peut décider d'imposer des règles sociales, sanitaires ou environnementales qui peuvent avoir cet effet. On parle alors d'une discrimination *de facto*. Dans ce cas, la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce a développé un test. Il s'agit de vérifier si la réglementation a été adoptée dans le but de privilégier les produits nationaux. Dans le cas où un État réglemente la commercialisation d'un produit dans le but de prévenir des accidents, de protéger la santé de ses citoyens ou d'éviter un dommage à l'environnement sur son territoire, on pourra déduire que la discrimination n'a pas pour but de privilégier les produits nationaux. Ainsi, malgré l'existence d'une discrimination *de facto*, la mesure est conforme aux règles du libre-échange.

- Exemple : Imaginons qu'une entreprise d'un pays A produit des sièges de voiture pour bébés ayant des standards de sécurité très élevés

(comparativement aux autres fabricants des autres pays). Le pays A peut imposer que les sièges d'auto pour bébés répondent à certaines normes de sécurité très élevées. Si ces normes de sécurité sont nécessaires et adoptées de bonne foi (c'est-à-dire pour assurer la sécurité des bébés et non pour favoriser l'entreprise nationale), elles seront considérées comme légales, et ce, même si elles favorisent *de facto* la commercialisation des sièges fabriqués dans le pays A.

- Exemple : Le Québec pourrait exiger que les fruits commercialisés sur son territoire n'aient pas été aspergés de pesticides totaux. On sait que ce type de pesticide est très utilisé aux États-Unis et en Ontario (utilisé dans la culture OGM, entre autres). Si le Québec interdisait le recours à ce type de pesticide, cela aurait pour effet de discriminer (*de facto*) entre les produits québécois (sans pesticide) et les produits provenant des États limitrophes (avec pesticide). Si le but de la discrimination *de facto* n'est pas de privilégier les produits nationaux, mais de protéger son environnement et la santé de ses citoyens, la mesure sera jugée légale.

Au Canada, l'Accord sur le commerce intérieur prévoit à son Annexe 502.4, applicable entre autres aux services de santé ou de services sociaux, qu'un acheteur peut aller à l'encontre du principe de non-discrimination s'il invoque un objectif légitime et s'il respecte certains principes de base (Annexe 502.4, art. F.1). La protection de l'environnement, le bien-être des travailleurs ainsi que les programmes de promotion sociale à l'intention des groupes défavorisés sont considérés comme des objectifs légitimes (Annexe 502.4, art. F.2). On y précise

que la protection de la production d'une province ne constitue pas un objectif légitime.

Il faut quand même noter qu'il existe un débat quant à savoir si un État peut imposer que les produits commercialisés sur son territoire, mais fabriqués à l'étranger (ceux de la chaîne d'approvisionnement), répondent à des normes sociales ou écologiques. Cette question renvoie à la problématique des « processus et méthodes de production » (PMP) ainsi qu'à l'effet extraterritorial d'une mesure nationale. Par exemple, **le Canada peut-il exiger que les produits importés proviennent d'usines étrangères écoresponsables ?** La jurisprudence internationale en la matière est ambiguë et n'a jamais tranché la question. Pour certains, cela constitue une ingérence dans les affaires internes des autres États (par le biais d'une interdiction de commercialiser, on impose nos modèles et façons de faire aux autres États). Pour d'autres, il s'agit d'une limite au commerce acceptable, considérant que le respect de normes fondamentales du travail ou la protection de l'environnement constituent aujourd'hui des normes *erga omnes*, c'est-à-dire, des normes que tous les pays doivent respecter et que tous les pays ont le devoir de faire respecter. Dès lors, limiter la commercialisation de produits fabriqués à l'étranger pour les dommages que leur fabrication a fait subir à l'environnement *in situ* ou en raison des conditions de travail misérables des employés semble aujourd'hui légal au regard des règles du commerce international. Il n'en demeure pas moins que le débat n'a pas encore été tranché par le juge de l'OMC. Précisons finalement que ce débat concerne la marge de manœuvre réglementaire de l'État et non pas le pouvoir de l'acheteur public.

Nous verrons ultérieurement comment un acheteur public peut agir sur les produits et services de la chaîne d’approvisionnement.

Bref, un acheteur ne peut pas exiger que les produits ou les services soient de nature locale, en raison du principe de non-discrimination et plus précisément du principe de traitement national. Toutefois, et c’est confirmé par l’Accord sur le commerce intérieur, il est possible d’imposer des standards sociaux et écologiques. Les motivations doivent être sincères et ne pas constituer une restriction déguisée au commerce international.

Peut-on favoriser les PME ou les entreprises à statut particulier ?

« Peut-on, au nom du libre accès, pratiquer une discrimination positive à l’endroit des PME ou de toute entreprise à statut particulier (économie sociale)? »

Au Québec, il est impossible de discriminer entre les fournisseurs qualifiés (LCPO, art. 2 :2 et 2 :3). En conséquence, il semble impossible de discriminer favorablement une PME versus une grande entreprise. Il n’en demeure pas moins que certains pays en ont décidé autrement. **En Tunisie**, on prévoit explicitement que 20% des marchés publics doivent être octroyés à de petites entreprises. (Décret n° 2002-3158, art. 19bis). En **Afrique du Sud**, on prévoit une liste de critères pouvant donner droit à des points. Parmi ceux-ci, on retrouve le fait d’être une petite ou micro entreprise, ou être une entreprise en milieu rural (Décret d’application de 2001, p. 46). **Au Québec**, il semble que les PME aient encore

beaucoup de difficultés à être concurrentielles sur les appels d’offres (Marchés publics et développement économique au Québec, Rapport du Cirano, 2010, p. 81).

Certains pays comme le Royaume-Uni et l’Irlande proposent aux PME des services leur permettant d’accéder plus facilement aux marchés publics.

Au Royaume-Uni, la Greater London Authority (GLA) a adopté une politique de promotion de la diversité chez ses fournisseurs issus du secteur privé. L’objectif est de «garantir des conditions équitables», pour que «nous puissions offrir aux entreprises sous-représentées les mêmes chances d’accéder aux marchés du groupe GLA qu’aux autres fournisseurs qualifiés». Le GLA établit une distinction entre l’action positive (à laquelle elle souscrit) et la discrimination positive (qu’elle rejette). Le groupe GLA s’est lancé dans une révision de ses procédures de passation de marchés pour éliminer les obstacles qui entravent la candidature des PME et d’autres fournisseurs divers aux marchés. Des procédures de passation de marchés ont été élaborées pour les marchés volumineux en vue de favoriser la diversité des fournisseurs en garantissant aux divers fournisseurs les mêmes chances d’être retenus comme sous-traitants et en encourageant l’égalité et la diversité. Le groupe GLA assure un suivi régulier de ses dépenses avec les PME et autres entreprises diverses pour repérer les tendances et améliorer les procédures de passation de marché grâce à ces informations. Une révision des procédures de passation de marchés visant à identifier la capacité des PME à participer aux appels d’offres en la matière a été lancée. Les fournisseurs existants ont été invités à donner leur avis sur les procédures de passation de marchés du GLA pour

aider à identifier les mesures qui permettraient de les rendre plus accessibles. De plus, au travers de la London Development Agency (LDA), le groupe GLA lie activement ses procédures de passation de marchés à des programmes de soutien aux entreprises qui améliorent la capacité des divers petits fournisseurs à participer à des appels d'offres pour des marchés publics. Ce processus peut améliorer les chances des entreprises de remporter les marchés du groupe GLA et offre à ce dernier une base de soumissionnaires plus concurrentiels.

En Irlande, le but du programme «Go-Tender» d'InterTrade Ireland était de «créer pour les PME des possibilités de commerce transfrontalier sur toute l'île dans le cadre des marchés publics grâce à la fourniture d'ateliers régionaux bien ciblés ». Le programme vise entre autres à informer les fournisseurs des marchés transfrontaliers et à créer des possibilités de commerce transfrontalier sur toute l'île dans le cadre des marchés publics, faire connaître aux PME le marché du secteur public dans l'ensemble de l'île, leur donner les compétences requises sur les deux fronts pour remporter des marchés publics, et fournir un soutien expérimenté et personnalisé dans le processus de soumission d'une offre. Dans les trois dernières années, des présentations ont été effectuées lors de 30 ateliers auxquels ont participé plus de 400 PME fournisseurs. Nombre de ces fournisseurs ont par la suite remporté des marchés publics en Irlande, en Irlande du Nord et dans toute l'Europe.

La réponse doit toutefois être nuancée lorsqu'on parle de privilégier une entreprise pour ses pratiques d'économie sociale. En effet, plusieurs pays

permettent que les appels d'offres privilégient l'octroi de contrat à ce type d'entreprise.

En **Afrique du Sud**, la loi octroie des marges préférentielles à des entreprises socialement responsables ou détenues par des nationaux (art. 17 (3)).

En Europe, on permet la prise en compte d'exigences sociales dans les appels d'offres (Directive 2014/24/UE, par. 37). Le contrôle du respect de ces exigences doit être fait aux stades pertinents de la procédure (par. 40). Pour cela, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les opérateurs se conforment aux exigences sociales (art 18, para. 2). Pour déterminer les standards sociaux pouvant être visés, la directive fournit une liste d'accords internationaux servant de référence (annexe X. Par exemple, Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé, Convention n° 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé, Convention n° 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération, Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants.

Au Chili, la directive n°17 (mai 2014) vise à promouvoir l'égalité des chances dans les marchés publics. Elle permet d'inclure dans les critères d'attribution d'un contrat **l'intégration des minorités ethniques, des personnes handicapées mentales ou physiques ou encore des jeunes sans emploi** (p. 4). Ainsi pour les

handicapés, la solution est d'exiger une preuve du handicap et de l'emploi occupé chez le soumissionnaire, ou pour les jeunes sans emplois, une attestation d'assurance emploi et le contrat de travail nouvellement signé. Pour les minorités ethniques, un certificat d'indigène peut être produit. Dans tous les cas, la directive énonce que l'emploi de 50% ou plus de ce type de population apparaît un seuil pour appliquer la discrimination entre les offres.

En France, l'article L. 323-1 exige que les entreprises d'au moins 20 salariés emploient 6% au moins de travailleurs handicapés. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 9 février 2009, Communauté d'agglomération du Bassin de Thau, estime que l'entité adjudicatrice doit s'assurer que l'attributaire est en conformité avec cette obligation. Cette décision fait application de l'article 44 du code des marchés publics qui dispose que les soumissionnaires doivent attester qu'ils respectent les obligations d'emploi des handicapés. De plus l'article 15 du code des marchés publics précise que certains lots ou marchés peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aides par le travail, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de leur handicap ne peuvent exercer une activité professionnelle normale. L'avis d'appel d'offres doit faire mention de cette disposition

En Allemagne, le décret fédéral du 10 mai 2005 sur les marchés destinés aux ateliers pour personnes handicapées oblige les agences fédérales de passation des marchés à réserver une partie de leur budget aux marchés pouvant être attribués à ce type d'ateliers. Les gros marchés de produits et de services peuvent également être concernés. La participation est réservée aux ateliers pour

travailleurs handicapés. Néanmoins, ces ateliers sont mis en concurrence lors des procédures d'attribution et doivent soumettre des offres solides sur le plan économique. De plus, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les exigences de transparence de l'offre de marché. Il s'avère que de nombreuses municipalités ont élaboré une politique de marchés publics en faveur des personnes handicapées. Ces ateliers appartiennent souvent totalement ou partiellement aux municipalités qui attribuent les marchés.

Bref, de manière générale, il est contraire aux règles générales en matière de marchés publics de privilégier les PME. Toutefois, un acheteur qui déciderait de privilégier les entreprises adoptant de bonnes pratiques en matière de conditions de travail serait en droit de le faire.

Que signifie l'expression « tout critère lié à l'objet du marché » ?

« À quoi réfère la prescription que « tout critère soit lié à l'objet d'un marché »? »

L'objet du marché est la traduction du besoin de l'acheteur. Autrement dit, c'est ce qui sera acheté : il peut s'agir de travaux, de services, ou de fournitures. Il est détaillé dans le cahier des charges.

Les lois relatives aux marchés publics définissent la manière d'effectuer des appels d'offres et de les attribuer, mais ne définissent pas ce que l'acheteur peut acheter. Cela signifie que **l'acheteur est le seul à pouvoir déterminer l'objet du marché.**

Dès lors, l'objet du marché peut contenir une référence au besoin de produits ou de services durable, socialement responsable ou éthique. Cette façon de faire est transparente et directe.

- Exemple : on peut définir l'objet du marché comme suit « Services de restauration avec des produits issus de l'agriculture biologique », « Bâtiment à haut rendement énergétique » ou « Café équitable ».

Il est important de bien définir l'objet du marché puisqu'il détermine quelles sont les conditions qui peuvent être imposées dans l'appel d'offres. En effet, tant les spécifications techniques minimales inscrites dans l'appel d'offres (les exigences de conformité ou celles qui sont utilisées dans le calcul de la marge préférentielle) que les critères d'attribution (dans l'évaluation de la qualité) devront être **liés à l'objet du marché**. Cela signifie que les **spécifications comme les critères doivent avoir un effet sur les caractéristiques du produit**. Franck Lepron explique le concept en ces termes : « Le lien avec l'objet du marché s'apprécie exclusivement au regard du besoin visé par le marché ».

- Exemple : Dans l'affaire des bus d'Helsinki (C-513/99, 17 septembre 2002), la Cour européenne de Justice a reconnu que « des critères ayant trait au niveau des émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore des autobus, tels que ceux en cause dans ladite affaire, doivent être considérés comme liés à l'objet d'un marché qui porte sur la prestation de services de transports urbains par autobus » (para 65). La Cour

ajoute : « lesdits critères étaient directement liés au matériel proposé et étaient intégrés dans un système d'attribution de points » (par. 83).

La question se pose de savoir **si l'objet du marché doit nécessairement référer explicitement à l'objectif de développement durable de l'acheteur public**. Autrement dit, est-il obligatoire de référer dans l'objet du marché à des considérations de développement durable. S'il est évidemment plus transparent de formuler son objet de la manière la plus précise, rien n'oblige de le faire. Tout est un cas d'espèce qui doit être déterminé en fonction de l'importance qu'occupent les considérations de développement durable dans le marché.

- Exemple : L'objet d'un appel d'offres relatif à l'achat de fruits biologiques devrait être explicite sur la nature biologique des fruits à être achetés. En effet, la nature biologique des fruits est considérable dans le marché et a un impact important sur la liste des fournisseurs potentiels. A contrario, si un acheteur public souhaite lancer un appel d'offres relatif à la fourniture de denrées alimentaires et souhaite exiger que celles-ci soient livrées en vrac dans des contenants réutilisables afin d'éliminer l'emballage, il ne semble pas pertinent ni nécessaire que l'objet du marché fasse référence aux considérations de développement durable ou de protection de l'environnement.

Bref, l'objet du marché est ce qui sera acheté, le besoin de l'acheteur. Les spécifications et les critères doivent être liés à l'objet du marché, c'est-à-dire être déterminés en fonction de leur impact sur les caractéristiques du produit.

Quelles sont les voies de passage pour insérer du développement durable dans les appels d'offres?

« Quels espaces peut-on investir au sein des Appels d'offres, au-delà d'une marge préférentielle? Conformité, admissibilité, espace-qualité, (présélection) des fournisseurs, clauses d'exécution? »

De nombreuses possibilités s'offrent aux acheteurs publics pour insérer des considérations de développement durable.

Avant de les détailler, il importe de différencier deux termes fréquemment utilisés : « spécifications techniques » et « critères d'attribution ».

On parlera de spécifications techniques en lien avec les exigences de conformité. La spécification technique concerne les caractéristiques techniques d'un produit ou les procédés ou méthodes de production s'y rapportant. Une spécification technique est simplement la traduction d'une exigence de développement durable de manière à la rendre quantifiable. Une spécification technique peut renvoyer tant au respect de principes environnementaux que sociaux. Celles-ci sont considérées comme des exigences minimales à atteindre par le fournisseur, à défaut de quoi sa soumission sera rejetée. Elles sont utilisées dans le cadre des choix offerts par l'article 37 du RCPO : spécifications ou marge préférentielle.

On parlera de critères d'attribution en lien avec l'évaluation de la qualité. Ceux-ci ne sont pas considérés comme des exigences, mais permettent à un fournisseur de bonifier son offre s'il répond à certains critères de qualité.

Conformité par le biais de spécifications techniques

L'article 37 de la RCPO permet aux acheteurs publics d'imposer le respect de certaines spécifications techniques, à défaut de quoi leur offre sera refusée.

Ces spécifications doivent toutefois être liées à l'objet du marché, c'est-à-dire **qu'elles doivent porter sur les caractéristiques des produits ou services à fournir.** En outre, elles doivent être quantifiables et mesurables.

- Exemple : On peut exiger qu'un pourcentage X des produits proviennent de l'agriculture biologique.
- Exemple : On peut exiger qu'une entreprise soit située à proximité du lieu où le service sera rendu si cela est nécessaire. Dans l'affaire Drummondville (Ville de) c. Construction Yvan Boisvert inc., (C.A., 2004-02-18), SOQUIJ AZ-04019549, conf. J.E. 2002-1070 (C.S.), on a considéré qu'exiger que les compagnies qui soumissionnent soient dans un rayon de 30 km n'était pas frivole et ne visait pas à détourner le commerce (para 2). Dans cette affaire, la ville avait ajouté cette spécification technique afin de s'assurer que le bitume arrive chaud sur les lieux du

pavage et afin d'éviter qu'il ne soit chauffé à nouveau sur place, ce qui entraînerait une oxydation.

Les spécifications techniques peuvent aussi concerner le processus et la méthode de fabrication (PMP) ou concerner les matériaux entrant dans la fabrication du produit. Ces dernières doivent aussi être directement liées à l'objet du marché, c'est-à-dire qu'elles doivent se rapporter à la fabrication et contribuer à ses caractéristiques.

- Exemple d'exigence concernant le PMP : on pourrait exiger que les produits soient fabriqués dans une usine utilisant des sources d'énergie renouvelables. Il est vrai que la source d'énergie n'a pas d'impact sur les caractéristiques directes du produit faisant l'objet du marché (il ne sera pas plus résistant ou plus beau), mais il est permis d'en tenir compte au regard du cycle de vie total d'un produit. Selon cette conception, on considère que le type d'énergie utilisée pour produire un bien affecte ses caractéristiques dans la mesure où il devient plus ou moins écologique. Il s'agit là d'une de ses caractéristiques. Si en Europe, cette conception est déjà bien ancrée, elle a encore du chemin à faire au Québec. En effet, au Québec, l'analyse en fonction du cycle de vie n'est pas encore chose commune.
- Exemple de matériaux entrant dans la fabrication : un appel d'offres peut exiger que les repas fournis soient préparés à base d'aliments non génétiquement modifiés. On se soucie alors des produits entrant dans la confection du repas (exemple, le soja ou l'huile de maïs) en exigeant

que des aliments, provenant parfois de l'étranger ne soient pas issus du génie génétique.

Les considérations d'ordre social ou les pratiques de gestion générale de l'entreprise ne sont généralement pas liées à l'objet du marché, puisqu'elles ne contribuent pas aux caractéristiques du produit dont le marché fait l'objet.

- Exemple : les conditions de travail des employés d'une ferme n'ont pas d'influence sur les caractéristiques du produit faisant l'objet du marché.

Cette conception risque d'évoluer dans les prochaines années vers une meilleure prise en compte des considérations sociales du développement durable. En effet, il apparaît assez restrictif de considérer que les conditions de travail n'ont pas toujours un impact sur les caractéristiques des produits ou des services. Les consommateurs d'aujourd'hui sont conscientisés et demandent des produits issus d'un travail plus équitable. Cette caractéristique est même recherchée par les consommateurs. C'est ce qu'on pourrait qualifier de règle de deuxième génération en matière de marchés publics.

Nous verrons toutefois que ces considérations peuvent être incluses dans les conditions d'exécution du marché.

La règle comporte tout de même deux exceptions :

Il sera **possible d'exiger des considérations sociales si l'exécution du marché exige un savoir-faire spécifique dans le domaine social.**

- Exemple : dans le cadre d'une offre de service d'intervenant auprès de femmes ayant subi des sévices sexuels, on pourra privilégier un fournisseur capable d'assurer en permanence la présence de personnel féminin dans son équipe d'accueil.

En outre, il sera **possible d'exiger des considérations sociales si l'objet du marché contient une référence précise et directe à celles-ci.**

- Exemple : lorsqu'un appel d'offres a pour objet l'achat de café équitable, il est possible d'insérer une spécification technique relative aux conditions de travail des employés. L'expression équitable, formulée expressément dans l'objet de l'appel d'offres renvoie directement aux conditions de travail. Dès lors, la spécification technique a une influence directe sur les caractéristiques du produit : le café est équitable ou non équitable.

Définir les conditions d'exécution du marché

Il est possible d'inclure des critères environnementaux **dans les conditions d'exécution du marché** (clauses contractuelles). On peut ainsi préciser dans l'appel d'offres comment on souhaite que le marché soit réalisé.

Ces conditions doivent être liées à l'exécution du marché, c'est-à-dire qu'elles doivent être en lien avec les étapes menant à la production du bien objet du marché ou à sa livraison, ou à l'exécution des services objet du marché.

- Exemple : un appel d'offres peut exiger que les emballages soient collectés à la fin du marché en vue de leur réutilisation ou leur recyclage. On peut exiger une livraison en vrac et non en unité ou même en dehors des heures de pointe.

En Europe, la Directive 2004/18/CE (art. 26) et la Directive 2004/17/CE (art. 38) permettent d'intégrer des conditions environnementales au niveau des conditions d'exécution du marché, pourvu qu'elles soient expressément mentionnées dans l'appel d'offres (Affaire C-496/99 P, Commission contre CAS Succhi di Frutta, points 115-121). Les Européens considèrent qu'il est toutefois impossible d'exiger une preuve durant la procédure de passation du marché; toutefois, si les conditions ne sont pas respectées lors de la réalisation du marché ou lors de la fourniture des produits, les conséquences peuvent aller d'une pénalité financière à l'annulation du contrat. Le manuel Achetez vert, spécifie : « Le pouvoir adjudicateur peut spécifier que les biens doivent être fournis ou les services/travaux exécutés de manière à réduire l'incidence environnementale au maximum, et la performance environnementale peut être liée à des **bonus** ou à des malus en vertu du contrat. Afin de décourager le non-respect des engagements environnementaux, les pouvoirs adjudicateurs peuvent **prévoir des sanctions** adaptées en vertu du contrat ». La nouvelle directive 2014/24/UE reprend ces dispositions (art. 70).

Cela est aussi possible qu'on insère des conditions liées à l'exécution du marché de **nature sociale** dans les appels d'offres.

- On peut ajouter une clause contractuelle exigeant que les employés soient composés de chômeurs, de jeunes sans diplômes, de travailleurs handicapés.
- On peut aussi ajouter des clauses qui promeuvent le commerce équitable.

En France, il est légal d'insérer des éléments à caractère social ou environnemental dans les conditions d'exécution d'un marché. (Code des marchés publics, Art. 14). Il n'existe pas encore de jurisprudence en la matière. Toutefois, le guide de l'observatoire de l'achat public (rédigé par le ministère français de l'Économie) explique comment insérer de telles clauses (Commande publique et accès à l'emploi qui en sont éloignées, 2010).

Exclusion de certains fournisseurs en raison de leur antécédent

L'Accord sur les marchés publics, accord plurilatéral liant certains membres de l'OMC et imposant un cadre universel, prévoit qu'une entité peut limiter la participation de certains candidats lorsque cela est « indispensable pour s'assurer qu'un fournisseur a les **capacités juridiques et financières et les compétences commerciales et techniques pour se charger du marché en question** » (AMP, art. 8).

Cela implique qu'une condition sociale ou environnementale peut certes être imposée, mais seulement à condition que cela soit nécessaire pour s'assurer de la capacité du fournisseur à bien faire son travail. Elle ne peut pas être imposée pour ne pas faire affaire avec un fournisseur qu'on considère simplement non socialement responsable.

- Exemple : on peut exiger qu'une entreprise prouve qu'elle a la capacité de cultiver des champs biologiques sans pollution transgénique ou qu'elle est en mesure d'éviter la pollution transgénique lors du transport.

Dans plusieurs pays, toutefois, les motifs d'exclusion sont énumérés de manière limitative. Cela implique donc qu'il est impossible de sélectionner les candidats sur une base autre que celle expressément prévue par la loi.

En Europe, on énumère limitativement les clauses d'exclusion. On peut, par exemple, exclure d'un appel d'offres certaines entreprises, telles que celles qui ont été condamnées pour toute infraction affectant leur moralité professionnelle et celles qui ont commis une faute professionnelle avérée (Art. 45, par.2d, directive 2004/18/CE et art. 54, par. 4, de la directive 2004/17/CE). Dans certains pays de l'Union européenne, le non-respect de la législation environnementale est considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle. Ce motif d'exclusion doit être appliqué suivant le principe de proportionnalité. Cela signifie qu'il faut évaluer si les conditions ayant mené à l'infraction existent encore.

La Banque mondiale exclut aussi certaines entreprises de ses appels d'offres lorsqu'une fraude ou un acte de corruption est avéré (Directive sur la passation des marchés, art. 1.16). Par exemple, en avril 2013, la Banque mondiale a exclu SNC-Lavalin de tous ses appels d'offres pour une durée de 10 ans pour des faits de corruption au Cambodge et au Bangladesh.

Évaluation de la qualité par le biais de critères d'attribution

Le RCPO prévoit qu'un contrat peut être adjudgé à la suite d'une évaluation de la qualité. Le règlement prévoit à cet égard deux possibilités : 1) l'atteinte d'un niveau minimal et 2) le prix ajusté par une mesure de la qualité (facteur K). Ces deux possibilités sont détaillées, respectivement, dans les annexes 1 et 2 du RCPO. **Rien n'interdit d'insérer des critères de développement durable dans l'évaluation de la qualité.**

Seuls les critères en lien avec l'objet pourront être pris en ligne de compte. En Europe, ce principe a été énoncé dans l'affaire des autobus d'Helsinki, rendue par la Cour européenne de Justice en 2002. À la suite de cet arrêt, la directive européenne 2004/17/EC est venue confirmer cette interprétation puisque l'article 55 1a) précise bien qu'une entité adjudicatrice peut se fonder sur **divers critères liés à l'objet du marché**, comme les caractéristiques environnementales. L'article 53 1a) de la directive 2004/18/EC reproduit le même libellé. Le manuel « Acheter vert » de la Commission européenne précise que « l'application de critères d'attribution environnementaux est permise pour autant que ceci soit lié à l'objet

du marché » et ajoute que l'objet du marché doit être défini dans l'appel d'offres à la discrétion de l'entité (p. 32).

- Exemple : Un critère d'attribution visant à ce que les légumes soient issus de l'agriculture biologique sera admis même si l'objet du marché ne vise pas explicitement le caractère biologique du produit. On peut en effet considérer que le caractère biologique concerne directement les caractéristiques du produit faisant l'objet du contrat.

On peut se demander si un critère visant à ce que les légumes soient issus d'une ferme qui promeut **la réinsertion sociale sera considéré comme lié à l'objet du marché**. Dans ce cas, on doit déterminer si la réinsertion sociale a un lien avec le produit en tant que tel? Si l'objet du marché a mentionné le caractère responsable du contrat, il semble que pareil critère d'attribution pourra être considéré être lié à l'objet du marché. Toutefois, si cela n'est pas le cas, ce type de considération peut être pris en ligne de compte dans le cadre des conditions d'exécution du marché.

Notons qu'**en France**, le Conseil d'État (l'équivalent de notre Cour d'appel) a estimé qu'un critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté était lié à l'objet du marché (la réfection d'une voirie) « parce que le travail est susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion » (par. 6). Il a aussi conclu que cette considération sociale n'avait pas à être

aussi reprise dans la section des conditions d'exécution du marché.
(Affaire du département de l'Isère, 25 mars 2013, n°364950)

Au Chili, il est possible d'utiliser un critère d'insertion sociale des femmes, des minorités ethniques, les handicapés mentaux et physiques et des gens sans emploi dans la phase d'attribution. Il est possible d'utiliser des critères visant à la promotion de meilleures conditions de travail et de rémunération. (Directive n°17, mai 2014 visant à promouvoir l'égalité des chances dans les marchés publics).

Marge préférentielle

Le RCPO prévoit que si les spécifications techniques diminuent la concurrence, c'est-à-dire s'il y a moins de trois fournisseurs présentant des offres homogènes, l'acheteur public doit passer par le calcul d'une marge préférentielle. Celle-ci peut aller jusqu'à 10%. En conséquence, les acheteurs publics sont autorisés à payer jusqu'à 10% de plus pour un contrat qui respecteraient certaines spécifications techniques liées au développement durable.

Recourir à la fois aux spécifications techniques et à l'évaluation de la qualité

Rien n'interdit de penser qu'on pourrait jumeler l'imposition de spécifications techniques et une évaluation de la qualité qui contiendrait des critères de développement durable. Le recours à ces deux techniques requiert un bon niveau de connaissances du milieu mais aussi une volonté de la part de l'acheteur public

de se servir des marchés publics comme levier pour atteindre une meilleure mise en œuvre du développement durable.

- Exemple : Un appel d'offres concernant l'achat de produits alimentaires pourrait prévoir une spécification technique exigeant un pourcentage de 10% de produits biologiques. Ensuite, l'appel d'offres pourrait octroyer un nombre de points (à déterminer en fonction du marché et des capacités de payer de l'acheteur) aux entreprises qui dépasseraient le 10%. Cette stratégie a l'avantage d'assurer un minimum de produits biologiques tout en encourageant les fournisseurs qui font mieux. On recourt déjà à cette façon de faire en Europe.

L'acheteur public peut-il imposer des exigences relatives à la chaîne d'approvisionnement ou prendre en compte le cycle de vie.

« Peut-on évaluer la responsabilité (sociale, environnementale) en amont, au sein de la chaîne d'approvisionnement ou au cours du cycle de vie des produits? »

Est-on lié au seul fournisseur signataire d'un contrat d'achat, ou peut-on évaluer la responsabilité (sociale, environnementale) en amont, au sein de la chaîne d'approvisionnement

La norme Iso 26 000 définit la **chaîne d'approvisionnement** comme une « séquence d'activités ou d'acteurs qui fournit des produits ou des services à l'organisation » (art. 2.20). Le Conseil canadien sectoriel de la chaîne

d'approvisionnement considère que la **chaîne d'approvisionnement englobe trois fonctions** : « i. la fourniture de produits à un fabricant; ii. le processus de fabrication; iii. la distribution de produits finis au consommateur par un réseau de distributeurs et de détaillants ».

La norme Iso 26 000 fait **la différence entre chaîne d'approvisionnement et chaîne de valeur**, et ce malgré le fait qu'elle reconnaisse que certains pays ne la font pas. Elle définit l'expression **chaîne de valeur** comme une « séquence complète d'activités ou d'acteurs qui fournissent ou reçoivent de la valeur sous forme de produits ou de services » (art. 2.23) La norme Iso 26 000 précise que les acteurs qui fournissent de la valeur « comprennent les fournisseurs, les sous-traitants et autres » (art. 2.23, note 1).

On peut déduire de ces définitions que tant **la chaîne d'approvisionnement que la chaîne de valeur visent l'ensemble des produits ou services dont se sert une organisation qui commercialise un bien ou un service**. Sera ainsi, entre autres, inclus dans la chaîne d'approvisionnement ou dans la chaîne de valeur d'une entreprise fournissant des services de restauration l'ensemble des matières premières nécessaires à la confection des repas, peu importe leur lieu de provenance.

La question est donc de savoir si un acheteur public peut exiger que les pratiques des sous-traitants d'un fournisseur puissent être prises en compte dans un appel d'offres.

En matière d'achat public, **la règle d'or est la suivante : un gouvernement peut acheter ce qu'il veut** pourvu que les conditions soient énoncées clairement et précisément dans l'appel d'offres (principe de transparence) et qu'elles n'aient pas pour effet de discriminer, de limiter la libre circulation des biens et services, ou de détourner la concurrence.

Si ces principes sont respectés, des considérations relativement à la chaîne d'approvisionnement ou à la chaîne de valeur peuvent être incluses, et ce, peu importe le mode d'adjudication.

Peut-on évaluer la responsabilité (sociale, environnementale) au cours du cycle de vie des produits

Le cycle de vie inclut : le coût d'achat et les coûts associés (livraison, installation, mise en service, utilisation, etc.), le coût de fonctionnement (énergie, pièce de rechange et entretien) et enfin, les coûts de fin de vie (mise hors fonction et élimination). **Le cycle de vie est directement relié au produit et donc à l'objet du marché.** Il peut donc être pris en ligne de compte pourvu que cela soit bien mentionné dans l'appel d'offres.

En Europe, le manuel « Acheter vert » de la Commission européenne considère que ceci est possible (p. 36-37). Il encourage les États à définir l'objet et les spécifications techniques de manière à ce qu'elle tienne compte des incidences environnementales tout au long du cycle de vie des produits (p. 11). La directive 2014/24/UE de l'Union européenne précise que le cycle de vie doit être

monétisable (Par. 96). Il s'agirait de la seule manière de l'évaluer de manière objective et non discriminatoire. Les nouvelles directives européennes font de même (voir directive 2014/24/UE – articles 67 et 68).

Au **Japon**, le guide « Politique de base pour la promotion d'un achat public écologiquement responsable » énonce que les biens et services doivent être sélectionnés en fonction de leur capacité à réduire les dommages à l'environnement tout au long de leur cycle de vie (p. 2). Plus loin, le guide considère qu'il est préférable de tenir compte de la réduction des impacts environnementaux tout au long du cycle de vie du produit (p. 4).

Aux **États-Unis**, au niveau fédéral, on exige aussi que le cycle de vie des produits soit pris en compte (décrets (EO) EO 13423 de 2007 et EO 13514 de 2009).

Au **Massachusetts**, la Politique d'achats écoresponsable dispose que c'est le cycle de vie des produits ou services qui doit être pris en compte pour évaluer la performance environnementale (Section 2).

Au **Vermont**, les acheteurs publics sont tenus de prendre en compte divers critères parmi lesquels le cycle de vie des produits est visé au même titre que la qualité, le prix, l'utilisation de produits recyclés, etc.(par. 903 du Titre 29 des Statuts du Vermont).

La norme Iso 26 000 impose-t-elle des obligations aux acheteurs ?

« Comment s’acquitter de la directive ISO 26 000 de non-complicité d’abus aux droits humains et du travail dans la chaîne d’approvisionnement ? »

L’organisation internationale de normalisation, ISO, est une organisation non gouvernementale (ONG) dédiée à l’adoption de normes privées non obligatoires. Ce n’est pas, contrairement à la croyance populaire, une organisation internationale intergouvernementale ayant le mandat d’adopter des conventions internationales ou des normes obligatoires. Il n’en demeure pas moins qu’en raison de la renommée d’ISO et de la participation active d’une majorité d’instances de normalisation nationales, les normes ISO servent à établir un consensus sur une panoplie de sujets. Dès lors, **ces normes encouragent à un certain comportement, mais ne peuvent en aucun cas fonder une assise pour d’éventuelles poursuites ou plaintes lorsque leur contenu n’est pas respecté.** En droit international, on dit souvent que ce type de norme est de nature permissive : si elles n’imposent pas un comportement donné, elles servent à justifier celui qui l’adopte.

Dès lors, on peut se demander si l’existence de la norme ISO 26 000 est de nature à justifier une entité adjudicatrice qui exigerait son respect dans un appel d’offres. Au regard des développements précédents, il semble que cela soit possible. Il faut toutefois mentionner que la norme ISO 26 000 n’en est pas une menant à la certification : elle contient des lignes directrices et non des exigences. Elle a été adoptée dans un but de promotion et de clarification de la notion de RSE.

Bref, aucune entité n’a à « s’acquitter » de la norme ISO 26 000. Elle a un pouvoir de recommandation et a eu le mérite de clarifier la notion de RSE.

Quel est l'impact de l'existence d'une certification sur la marge de manœuvre de l'acheteur public et quelles formes de preuve peut-il accepter ?

« Quelles exigences ou garanties ou preuves sont recevables? Des certifications reconnues? Des « démonstrations équivalentes » pour permettre plus de souplesse envers la PME? »

Exigences recevables

Au Québec, lorsque vient le temps de définir les caractéristiques techniques du produit, l'organisme peut exiger que le produit respecte les exigences définies dans une norme (LCOP, art. 2 :4). Dès lors, un appel d'offres pourrait exiger que le produit réponde aux exigences de normes environnementales ou sociales.

Le cadre normatif québécois n'empêche pas de **recourir à des extraits de certification**. Il faut toutefois mentionner que le recours à pareille pratique présente des inconvénients sur le plan pratique. En effet, il reviendra à l'autorité adjudicatrice d'évaluer, elle-même, le respect par les fournisseurs de tel ou tel critère extrait de la certification. Ce dernier devra alors fournir la preuve de son respect.

En Europe, lorsque l'exigence renvoie à une norme existante, il doit être ajouté « ou son équivalent » puisqu'un **fournisseur peut rencontrer les exigences sans avoir obtenu de manière officielle la certification**. Le droit européen permet aussi

qu'on exige le respect de **spécifications techniques plus ambitieuses** que celles prévues par les normes ou certifications. Toutefois, dans ce contexte (une spécification plus ambitieuse que la norme), le risque doit exister et il doit avoir été établi par une évaluation objective. « Afin de garantir que le principe de non-discrimination est respecté, ces restrictions doivent reposer sur une évaluation objective des risques. Les labels écologiques et les critères MPE sont une source utile, car ils sont basés sur des données scientifiques et sur une analyse du cycle de vie des matériaux et substances présentes dans les produits et services couverts. » Manuel Acheter vert, p. 38.

En Tunisie, on exige que les spécifications techniques soient basées sur des normes nationales ou internationales nommément désignées dans le cahier des charges. On ne renvoie donc pas aux pratiques équivalentes. (Décret, art. 18).

Preuves recevables pour démontrer que le produit répond aux exigences

La question se pose de savoir si le fournisseur doit absolument présenter la preuve d'une certification ou s'il peut faire la preuve, par tout autre moyen, de sa conformité aux critères.

Il semble que toute forme de preuve doive être acceptée. Évidemment, si un fournisseur possède une certification, il sera facile pour lui de la soumettre. Toutefois, rien n'empêche qu'un soumissionnaire démontre qu'il satisfait les critères d'une norme par tout moyen de preuve fiable. En effet, exiger la preuve

d'une certification apparaît discriminatoire envers les PME et n'apparaît pas nécessaire.

- Exemple, un fournisseur pourrait en lister par exemple l'ensemble des ingrédients entrant dans la fabrication d'un aliment, fournir son cahier de charge, produire ses factures, donner la liste de ses fournisseurs, ou décrire ses processus et méthodes de production.

En Europe, la jurisprudence est claire : toute forme de preuve doit être admise. Il est impossible d'imposer le respect d'un label précis. On peut exiger le respect des critères pour l'obtenir, mais on ne peut pas obliger l'obtention de la certification car ceci est considéré comme discriminatoire. Certes, le label constitue une preuve du respect des critères, mais toute forme de preuve doit être admise, telle que le dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu. La directive 2014/24/UE laisse tout de même entendre que les autorités européennes préfèrent une certification. Toutefois, la preuve est possible par tous moyens à condition que les exigences soient objectivement vérifiables (par. 75). En outre, toute certification doit être accessible, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir pour effet de créer des distorsions de concurrence (art. 43).

En Colombie-Britannique, il est possible d'utiliser les certifications lorsqu'elles sont accessibles et pertinentes (Guidelines for Procurement). La notion d'accessibilité est ici très importante : elle ouvre la porte aux autres moyens de preuve et prend acte du fait qu'il arrive qu'une certification soit très onéreuse et puisse avoir pour effet d'exclure certains soumissionnaires.

Au **Connecticut**, en ce qui concerne les produits nettoyants, on indique que tout produit doit être certifié ou rencontrer les exigences de la certification. Dès lors, on reconnaît que la preuve du respect des éléments de la certification peut être faite par tout moyen crédible autre que la présentation de la certification elle-même (Loi sur les marchés publics, chap. 58., para. 4b-15a)

Bref, il est possible de se baser sur une certification pour apprécier le respect par un fournisseur des éléments de qualité, mais **il est aussi possible que le fournisseur fasse la preuve d'une autre manière de leur respect**. La norme ISO 14021 fixe les conditions de l'auto-déclaration. Celle-ci peut donc être inspirante.

Quelle est la fonction des normes internationales ?
--

« Les normes internationales issues de large consensus entre États peuvent-elles inspirer de nouveaux critères d'évaluations? Et ce même s'ils remettent en question certains principes du commerce international? »

Lorsqu'on parle de « normes internationales », on parle tant de normes qui peuvent être incluses dans un traité international (ex : OIT et Kyoto) que des normes coutumières, non incluses dans les conventions internationales (non-utilisation d'un territoire de manière à créer des dommages transfrontières). On peut aussi référer aux normes techniques, adoptées par des instances de normalisation, tel que l'ISO ou la Commission du Codex alimentarius.

Certaines normes adoptées dans l'ordre juridique international peuvent très certainement inspirer de nouveaux critères d'évaluation. Ces normes sont souvent considérées comme coutumières, donc issues d'un large consensus et d'une pratique généralisée. Une norme coutumière est une norme qui a reçu une approbation généralisée au sein de la Société internationale au point où tous les États la considèrent comme obligatoire. En règle générale, chaque pays a l'obligation de les respecter, et ce, bien qu'il ne soit pas en accord avec la règle.

- Par exemple, l'établissement d'un âge minimum d'emploi est considéré comme une norme coutumière. Si on ne s'entend pas toujours sur l'âge à fixer et ses modalités d'application, le principe général (établir un âge minimum pour protéger les enfants) est largement accepté et respecté.

Le contenu de certaines règles semble dans certains cas si fondamental et leur respect apparaît d'une importance telle qu'on les considère comme *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle crée des obligations à l'égard de tous.

- Par exemple, on considère que les normes fondamentales du travail sont des normes *erga omnes* depuis qu'elles ont été consacrées par l'adoption de la Déclaration de l'OIT de 1998 sur les droits et principes fondamentaux du travail. Les 4 principes fondamentaux sont l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants, le

droit de négociation collective, l'interdiction de la discrimination dans l'emploi.

Une interprétation évolutive considère non seulement que ces règles doivent être respectées, mais qu'aucun État ne devrait tolérer qu'elles soient enfreintes. En pratique, cela ne permet pas aux États d'intervenir dans les affaires internes des autres États au nom du non-respect d'une norme (par exemple, d'utiliser la force au nom du respect de ces principes). Cela permet toutefois à certains États de réagir sur leur territoire afin de ne pas encourager la commission de violation de ces normes.

- Par exemple, certains États imposent des sanctions économiques à l'encontre des États qu'ils considèrent comme délinquants afin de réagir à la violation de certaines normes *erga omnes*. C'est le cas de l'Union européenne et du Canada qui réagissent à « l'invasion » de l'Ukraine par la Russie. La Russie viole en effet la norme *erga omnes* de respect de l'intégralité étatique et de la non-intervention dans les affaires internes d'un État.
- Par exemple, certains États refusent l'importation de certaines marchandises fabriquées dans des usines de misère. Il s'agit d'une forme d'embargo au nom du respect de normes *erga omnes*.
- On pourrait penser qu'il est tout aussi approprié d'imposer des exigences de respect de certaines normes internationales dans les

appels d'offres, afin d'éviter que les sous-traitants à l'étranger violent certaines obligations *erga omnes* ou afin de les encourager à les respecter.

En règle générale, **les normes internationales respectent les principes du commerce international**. D'ailleurs, les accords de l'OMC prévoient explicitement la participation des instances de l'OMC dans les fora de normalisation. Toutefois, il arrive en effet que **des normes remettent en cause des principes bien établis du commerce international**. Dans ces circonstances, c'est que cela est permis par une clause d'exception prévue par le droit du commerce international. En effet, les règles du commerce international prévoient, entre autres, des exceptions de protection de la santé, de l'environnement et de la moralité publique (GATT, art. XX, entre autres).

À l'OMC, **l'Accord sur les marchés publics (AMP)** prévoit qu'une « Partie, y compris ses entités contractantes, pourra, en conformité avec le présent article, établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager **la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement** ». L'Accord sur les marchés publics a été adopté en 1994, mais il a été révisé dernièrement. Ses modifications sont entrées en vigueur en avril 2014. La référence à la préservation des ressources naturelles et de la protection de l'environnement a été ajoutée dans cette révision. Aucune référence n'est faite, dans l'AMP à la question des critères visant le respect de **normes sociales**.

L'Accord économique et commercial global, instituant la zone de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne, prévoit aussi qu'une partie peut insérer des spécifications techniques visant à promouvoir la conservation des ressources naturelles ou la protection de l'environnement (art. 9 :6) et que l'avis de marché peut, entre autres, inclure des critères relatifs aux caractéristiques environnementales et aux modalités de livraison (art. 9:9).

Bref, les normes consensuelles prennent la forme de normes coutumières en droit international. Elles doivent être respectées par tous. Certaines d'entre elles ont acquis en plus une valeur d'obligations *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elles sont considérées comme fondamentales à l'égard de tous. Elles peuvent certainement inspirer de nouvelles spécifications techniques ou de nouveaux critères d'attribution dans la mesure où tous les États sont liés par ces règles. Les appels d'offres apparaissent dès lors un des moyens indiqués pour les mettre en œuvre.

<p style="text-align: center;">La loi québécoise oblige-t-elle à acheter conformément au principe de développement durable ?</p>

« La LCOP québécoise permet-elle (ou oblige-t-elle) une définition « responsable, efficiente et durable du besoin »? »

L'article 2 :4 de la LCOP prévoit que toute évaluation préalable des besoins doit tenir compte des orientations du gouvernement en matière de développement durable et d'environnement.

La Loi sur le développement durable prévoit que **le gouvernement doit agir de manière responsable** conformément au principe de développement durable. Cela s'applique au niveau des marchés publics.

Toutefois, **cet énoncé de principe n'a pas été suivi de modalités d'application clairement définies**. Suivant la stratégie gouvernementale de développement durable (2008-2013) et le Plan d'action sur les changements climatiques, « le gouvernement intégrera la préoccupation de l'empreinte carbone dans ses achats publics dans le respect des accords de libéralisation des marchés publics qu'il a conclus ». (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, Un projet de société pour le Québec : Stratégie gouvernementale de développement durable 2008-2013 (décembre 2007), p. 29) ; Québec, ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, Le Québec en action vert 2020 : Plan d'action 2013-2020 sur les changements climatiques (juin 2012), p. 19.).

L'article 37 du RCPO précise qu'un organisme public **peut** considérer l'apport d'une spécification liée au développement durable. Une interprétation de cet article permet de déduire que les organismes n'ont pas d'obligation d'achat responsable. La lecture de cet article pourrait aussi laisser croire que les organismes ne peuvent imposer qu'une seule spécification dans leur appel d'offres. Or, comme le rappelait le Ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs, « une spécification [...] peut couvrir un ou plusieurs enjeux environnementaux ou de développement durable » (Fiche technique 9 – intégration de disposition environnementale ou écoresponsable aux

contrats d’approvisionnement en biens et services, octobre 2012). Autrement dit, une spécification technique ou un critère peut – et généralement doit – se décliner au sein de l’appel d’offres sous forme de plusieurs éléments de qualité. Plus d’éléments de qualité seront énumérés dans l’appel d’offres, plus le critère d’attribution ou la spécification technique sera considérée comme clairement défini.

- Exemple : une spécification technique peut être d’exiger une certification FSC, lequel couvre plusieurs enjeux environnementaux, sociaux et économiques associés à toutes les étapes du cycle de vie du produit.

Bref, il semble donc obligatoire pour l’État, et les entités qui agissent en son nom, d’agir conformément au principe de développement durable. Toutefois, les modalités de mise en application n’ont pas encore été arrêtées. Dès lors, si le principe est rendu clair par le biais de la Loi sur le développement durable, les modalités d’application sont à définir. Qui plus est, la LCOP n’exige pas des acheteurs gouvernementaux qu’ils prennent en compte l’aspect environnemental et social des produits à acheter.

L’achat responsable est-il plus cher si l’ont tient compte du coût total d’acquisition ?

« Le DD vise à intégrer les « externalités » sociales ou environnementales dans nos calculs de consommation... Quelles sont les marges de risque

d'augmentation des coûts supportés dans les appels d'offres? L'AR entraîne-t-il une augmentation réelle de coût? A-t-on des exemples concrets d'application du « coût total d'acquisition » ou du coût total de cycle de vie? »

En général, les pays sont prêts à supporter 10% de coûts additionnels pour les produits ou services responsables.

Il est vrai, l'achat responsable peut, dans certains cas, coûter plus cher. Cela découle, entre autres, de l'investissement en terme de recherche et de développement de technologies plus écologiques, mais aussi parce qu'il est rare que les produits écologiques bénéficient d'une popularité leur permettant d'atteindre l'économie d'échelle.

Il faut toutefois éviter de s'en tenir au simple coût d'achat d'un produit et privilégier le coût réel du produit, c'est-à-dire les coûts qui seront générés tout au long du cycle de vie du produit. Il faut ainsi se méfier du coût visible et aussi prendre en considération les coûts invisibles. En calculant ainsi le prix d'un produit, on arrive à un résultat souvent économiquement plus avantageux. Cela peut conduire l'acheteur à privilégier l'offre non pas la « moins disante », mais la « mieux-disante ». Autrement dit, on privilégie l'offre économiquement la plus avantageuse.

- Exemple : « Lorsque la Direction de l'Environnement de la Ville de Hambourg en Allemagne a choisi de remplacer deux vieilles lampes inefficaces par une lampe à faible consommation dans 300 bâtiments

publics, la consommation annuelle d'électricité a été réduite d'environ 4,5 millions de kWh (l'équivalent d'environ 2,700 t d'émissions de CO2 évitées). En estimant le prix du kWh à 5 cents d'euros, l'économie sur la facture d'électricité d'Hambourg s'élève à 225.000€ » (tirés du guide Procura +).

- Exemple : « Dans la Ville de Kolding, une nouvelle école a été conçue de manière à réduire de plus de 50% les coûts en électricité et en maintenance en installant simplement un système de ventilation passive » (tirés du guide Procura +).

Le principe est simple : on paie un peu plus cher à l'achat, mais on économise à long terme. Or, dans la pratique, les acheteurs publics se trouvent souvent au dépourvu. La difficulté découle du fait que les systèmes de comptabilité ne permettent pas toujours d'évaluer les coûts réels.

Cette situation mène nécessairement l'acheteur à privilégier le coût le moins élevé.

Bref, il semble que le Québec soit prêt à se diriger vers une adjudication de l'offre la mieux-disante. Le Conseil du Trésor y travaillerait. Or, il est encore difficile de mettre ce principe en application.

Analyse de législation comparée relative aux politiques d'achats publics responsables

Chili

Le Bureau des achats et contrats publics (*ChileCompra*) promeut l'achat vert et espérait que 15% des marchés attribués par l'État soient écoresponsables en 2012. Cet objectif a été dépassé (17,2 % - source <http://www.chilecompra.cl>).

La loi sur l'Aachat public N° 19886 dispose en son article 6 que les critères d'attribution doivent permettre d'établir la combinaison la plus avantageuse entre les biens ou services achetés et leurs coûts passés, présents et futurs.

Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta. Asimismo, en los contratos de prestación de servicios para establecimientos escolares y pre- escolares, los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos deberán contemplar el pago de las remuneraciones de los meses de enero y febrero. En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones.

L'interprétation de cet article permet de conclure qu'il est assez flexible pour servir de base juridique à l'achat durable en utilisant une approche globale. Mentionnons toutefois que le Chili n'a pas adopté de législation spécifique relative à l'achat durable.

La directive n°9 (mars 2008) vise l'achat de produits ou services dont la consommation énergétique fait l'objet d'une évaluation. Le texte explique comment favoriser ceux dont la consommation est faible, privilégiant une approche responsable.

Dans un premier temps, l'appel d'offres doit expliciter les critères de choix et mentionner le coefficient attribué à l'efficacité énergétique. Elle indique (p. 3) que pour les produits bénéficiant d'une étiquette énergétique, il est préférable de choisir classés parmi les meilleurs : ainsi pour les appareils électriques, sur une échelle allant de A à G, il est préférable de retenir ceux classés de A à C (la classification allant de A à G).

Preferir los productos clasificados como Eficientes

El rendimiento de los productos se asocia a eficiencia energética. Algunos productos ya cuentan con una etiqueta de eficiencia energética que los clasifica entre los niveles A (los más eficientes = menor nivel de consumo de energía para el mismo nivel de servicio energético) a G (los menos eficientes = mayor nivel de consumo de energía para el mismo nivel de servicio energético) como es el caso de los refrigeradores y ampollas que ya se encuentran en el mercado.

Se recomienda preferir aquellos productos con las clasificaciones superiores, A a C.

La directive n°17 (mai 2014) vise à promouvoir l'égalité des chances dans les marchés publics. Elle permet d'inclure dans les critères d'attribution d'un contrat **l'intégration des minorités ethniques, des personnes handicapées mentales ou physiques ou encore des jeunes sans emploi** (p. 4). Ainsi pour les handicapés, la pratique est d'exiger une preuve du handicap et de l'emploi occupé chez le soumissionnaire, ou pour les jeunes sans emploi, une attestation d'assurance emploi et le contrat de travail nouvellement signé. Pour les minorités ethniques, un certificat d'indigène peut être produit. Dans tous les cas, la directive énonce que l'emploi de 50% ou plus de ce type de population apparaît être un seuil pour appliquer la discrimination entre les offres.

Criterios de evaluación inclusivos relativos a personas con discapacidad mental, sensorial o física, o bien, jóvenes desempleados o indígenas (minoría étnica): para el caso de que se trate, por ejemplo, de la contratación de servicios generales o de carácter estándar (por ejemplo, servicios de aseo), la institución contratante podría, por ejemplo, valorar a aquellos oferentes que tengan contratadas a alguna de las personas anteriormente señaladas, (...)

Le même texte permet aussi l'utilisation de critères visant **l'insertion des femmes** (p. 4). Le pouvoir adjudicateur peut pour cela se baser sur la politique d'embauche, l'égalité de rémunération homme femme, ou encore le pourcentage de femmes dans l'entreprise.

Criterios de evaluación inclusivos relativos a mujeres (...): la entidad contratante puede procurar una mayor integración e inclusión de las personas anteriormente señaladas, a través de la formulación de criterios de evaluación que premien a aquellos empleadores que contemplen condiciones o políticas favorables. Así por ejemplo, para el caso de mujeres (general) puede evaluarse si el oferente cuenta con alguna política de inclusión de género, de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, o bien, evaluarse el porcentaje de mujeres contratadas respecto al total de trabajadores de la empresa.

La directive autorise aussi l'usage de critères visant à la **promotion de meilleures conditions de travail et de rémunération** (p. 5). Pour cela, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération **la sécurité ou la santé au travail, ou le salaire décent**.

Promoción de mejores condiciones de empleo y remuneración: una mejora en las condiciones de empleo y remuneración puede impulsarse desde las compras públicas con la incorporación de criterios de evaluación que otorguen puntaje a aquellas empresas que promuevan mejores prácticas laborales, como promoción de la salud y seguridad en el trabajo, capacitación permanente, salarios dignos e incentivos a los trabajadores.

Depuis le 6 août 2014, le Chili entend **élargir la vision de l'achat durable aux fournisseurs socialement et écologiquement responsables** en lançant l'annuaire *Corresponsables* (<http://chile.corresponsables.com>). Il s'agit d'un instrument de promotion de l'achat responsable comme l'a indiqué le coordinateur des affaires internationales de la direction des marchés publics : « la responsabilité sociale est une révolution qui doit se trouver dans n'importe quelle politique de l'entreprise. Nous devons promouvoir les critères socialement responsables dans les marchés publics ». Il semble que dans le cadre de cette politique, le Chili réfléchisse à la prise en compte de la RSE qui dépasse le seul cadre des critères d'attribution, mais ceci demeure prospectif. En effet, la loi chilienne sur l'achat public dans ses dispositions actuelles ne permet de prendre en compte des critères de responsabilité sociale et environnementale qu'au stade de l'attribution.

Tunisie

Le cadre juridique de l'achat public en Tunisie est le décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002, et modifié, pour la dernière fois en 2008. On y trouve un certain nombre de dispositions intéressantes pour l'achat responsable, sans toutefois que cette expression ne soit expressément mentionnée.

En effet, le texte tunisien fixe, en son article 7, les principes de passation des marchés publics :

Article 7 :

La passation des marchés publics est régie par les principes suivants :

- L'égalité des candidats devant la commande publique et l'équivalence des chances.
- La transparence des procédures.
- Le recours à la concurrence.

Ces principes sont consacrés à travers le respect des règles suivantes :

- la non-discrimination entre les candidats,
- l'indépendance de l'acheteur public conformément aux dispositions de l'article 11 du présent décret,
- le suivi de procédures claires et détaillées de toutes les étapes de conclusion du marché et l'information des candidats de ces procédures à temps,
- la généralisation de la communication des réponses et explications quant aux observations et éclaircissements demandés par les candidats

Ces principes sont assez classiques en matière de marchés publics. On notera toutefois l'absence de référence à l'achat durable.

L'article 9 du décret laisse aux autorités la possibilité d'ajouter des spécifications techniques à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché. Il faut toutefois noter que ces spécifications doivent permettre d'assurer la qualité des prestations. Le décret met expressément en avant le devoir pour les acheteurs de promouvoir les produits tunisiens, et ce, de manière explicite.

Article 9 :

Les prestations qui font l'objet de marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. Leurs spécifications techniques doivent être déterminées avant

tout appel à la concurrence ou toute négociation.

Ces spécifications doivent être définies de façon à garantir la qualité des prestations objet du marché et à promouvoir la production nationale au regard des dispositions du chapitre 3 du présent titre.

L'acheteur public prend les mesures nécessaires permettant de garantir la réalisation des besoins.

L'article 18 explique la manière dont les spécifications techniques doivent être rédigées. Elles doivent pour cela faire référence à la norme nationale. Par exemple, lorsque cela est possible, il est fait référence par renvoi à l'Écolabel tunisien. En l'absence de normes nationales, il est possible d'utiliser des normes internationales (comme les normes ISO), sans établir de discrimination entre les normes étrangères similaires. La loi ne semble pas laisser l'opportunité à l'acheteur de se départir de telles normes et de fixer lui-même ses critères sauf si de telles normes n'existent pas.

Article 18 :

Les prestations objet du marché doivent être définies conformément à des spécifications techniques, par référence à des normes nationales sauf impossibilité découlant de la nature du marché ou de l'inexistence de telles normes. Dans ce cas, l'acheteur public doit l'indiquer explicitement lors de l'examen préalable des cahiers des charges par la commission des marchés compétente.

À défaut de normes nationales, les prestations peuvent être définies par référence à des normes internationales nommément désignées dans les cahiers des charges sans aucune discrimination entre les normes étrangères similaires.

On notera que l'achat socialement responsable est mis en avant explicitement dans ce décret. En effet, **20% des marchés doivent être réservés aux petites entreprises** (article 19bis) :

Article 19bis :

L'acheteur public réserve annuellement aux petites entreprises un pourcentage dans la limite de 20% de la valeur prévisionnelle des marchés de travaux, de fourniture de biens et de services et d'études, tel qu'indiqué à l'alinéa 2 du présent article.

Il est aussi possible de relever que **la préférence nationale** est clairement inscrite dans ce texte puisque lorsque leur prix ne dépasse pas de plus de 10% la concurrence étrangère, les produits ou services tunisiens doivent être préférés :

Article 21 :

Les produits d'origine tunisienne sont, à qualité égale, préférés dans tous les marchés de fournitures aux produits de toute autre origine, dans la mesure où les prix des produits tunisiens ne dépassent pas de plus de 10% les prix des produits étrangers.

Le soumissionnaire est tenu de présenter le certificat d'origine tunisienne délivré par les services concernés. Pour l'application de la marge de préférence des produits d'origine tunisienne, la comparaison des offres est établie compte tenu des droits de douane et sur la base des prix de vente tous droits et taxes compris.

Toutefois, il existe des textes spécifiques développant une vision plus explicite de l'achat durable. Ainsi la loi 2004-72 du 2 août 2004, indique, en son article 10, que les nouveaux **bâtiments publics sont assujettis à des spécifications techniques visant l'économie dans la consommation énergétique**. Ainsi, dans ce domaine précis, l'acheteur public doit mettre effectuer un achat responsable :

Article 10 :

Les nouveaux bâtiments sont assujettis à des spécifications techniques visant l'économie dans la consommation d'énergie (...)

Afrique du Sud

La loi sur la gestion des finances publiques de 1999 régit les pratiques en matière d'achats publics en Afrique du Sud.

La loi développe des exigences classiques relatives à la concurrence, et ce à plusieurs reprises. Ainsi, l'article 38 met à la charge des acheteurs cette obligation (on retrouve la même rédaction à l'article 51 pour les autorités).

Article 38 :

General responsibilities of accounting officers(1) The accounting officer for a department, trading entity or institution— (a) must ensure that public entity has and maintains (...)iii) an appropriate procurement and provisioning system which is fair, equitable, transparent, competitive and cost-effective.

Cette loi est très générale et ne donne que peu d'informations en matière d'achat public. Elle est cependant complétée par d'autres instruments visant à développer une politique d'achat responsable.

En premier lieu, la loi instaurant une politique d'achat préférentielle (2000) s'inscrit dans cette démarche. Ce texte met en place un système de pointage au moment de l'attribution du marché. Pour cela, entre **10 et 20 points sur cent peuvent entrer dans les critères d'attribution pour quantifier le respect de critères sociaux**. Les autres points relèvent des variables classiques d'attribution (prix, qualité, etc.).

Article 2- Framework for implementation of preferential procurement policy.

-(1) An organ of state must determine its preferential procurement policy and implement it within the following framework:

(a) A preference point system must be followed;

(b) (i) for contracts with a Rand value above a prescribed amount a maximum of 10 points may be allocated for specific goals as contemplated in paragraph (d) provided that the lowest acceptable tender scores 90 points for price;

(ii) for contracts with a Rand value equal to or below a prescribed amount a maximum of 20 points may be allocated for specific goals as contemplated in paragraph (d) provided that the lowest acceptable tender scores 80 points for price (...)

La loi fait une liste des objectifs spécifiques pouvant donner lieu à l'attribution de points lors de la phase d'attribution. On retrouve ainsi **le fait de contracter avec des personnes historiquement défavorisées ou la mise en œuvre de programme de reconstruction.**

Article 2 (suite)

(d) the specific goals may include

(i) contracting with persons, or categories of persons, historically disadvantaged by unfair discrimination on the basis of race, gender or disability;

(ii) implementing the programmes of the Reconstruction and Development Programme as published in Government Gazette No. 16085 dated 23 November 1994.

La loi a été complétée par un règlement en 2001. Ce dernier explicite le système de points préférentiels pouvant être alloués dans les marchés publics. Ainsi, le système 90/10 s'applique aux marchés dont la valeur est supérieure à 500 000 rands (environ 50 000 dollars canadiens) selon l'article 4. Dans ce système, 90 pour cent sont alloués au prix et aux fonctions du produit comme critère d'évaluation. Les 10 pour cent restants sont alloués aux critères d'achat préférentiels.

Article 4. (1) The following formula must be used to calculate the points for price in respect of tenders / procurement with a Rand value above R500 000

Selon l'Article 3, pour les marchés inférieurs au seuil de 500 000 rands et supérieurs à 30 000 rands, le système de point utilisé est de 80/20. 80 pour cent sont alloués au prix et fonctionnalités du produit, et 20 pour cent aux critères d'achat préférentiels.

Article 3.(1) The following formula must be used to calculate the points for price in respect of tenders / procurement with a Rand value equal to, or above R 30 000 and up to a Rand value of R500000. Organs of state may, however, apply this formula for procurement with a value less than R 30 000, if and when appropriate (...)

L'article 17 mentionne que les objectifs d'achat responsable ainsi que leur mode d'évaluation doivent être explicitement mentionnés dans l'appel d'offres :

Article 17.(1) The tendering conditions may stipulate that specific goals, as contemplated in section 2(1)(d)(ii) of the Act , be attained.

(2) The stipulation contemplated in sub-regulations must include the method to be used to calculate the points scored for achieving specific goals.

En outre, le règlement précise que les marges préférentielles peuvent être accordées à des personnes historiquement désavantagées. Le texte autorise aussi l'octroi de marges préférentielles à des entreprises socialement responsables ou détenues par des nationaux (article 17 (3)). En effet, ce texte prévoit cette possibilité pour les entreprises détenues par des Sud-Africains, les entreprises créatrices d'emplois locaux si les activités sont tournées vers l'exportation, les petites ou micro entreprises, les entreprise créatrices d'emplois, les entreprises localisées dans la province si l'entité adjudicatrice est provinciale, les entreprises de la ville si l'entité adjudicatrices est municipale, les entreprises implantées en zone rurale, les entreprises impliquées dans la formation professionnelle, les entreprises impliquées dans la communauté, en particulier pour le logement, les transports, les écoles, ou encore les organisations de charité :

Article 17 (suite) (3) Over and above the awarding of preference points in favour of HDIs, the following activities may be regarded as a contribution towards achieving the goals of the RDP (

(a) The promotion of South African owned enterprises;

(b) The promotion of export orientated production to create jobs;

(c) The promotion of SMMEs;

(d) The creation of new jobs or the intensification of labour absorption;

(e) The promotion of enterprises located in a specific province for work to be done or services to be rendered in that province;

(f) The promotion of enterprises located in a specific region for work to be done or services to be rendered in that region;

(g) The promotion of enterprises located in a specific municipal area for work to be done or services to be rendered in that municipal area;

(h) The promotion of enterprises located in rural areas;

(i) The empowerment of the work force by standardising the level of skill and knowledge of workers;

(j) The development of human resources, including by assisting with key indicators such as percentage of wage bill spent on education and training and improvement of management skills; and

(k) The upliftment of communities through, but not limited to, housing, transport, schools, infrastructure donations, and charity organisations.

Il est intéressant de noter que l’Afrique du Sud ne dispose pas de textes permettant aux acheteurs publics d’exiger le respect de critères environnementaux.

Japon

Deux textes législatifs, complétés par des guides gouvernementaux définissent la politique d'achat public responsable du Japon.

Loi concernant la promotion d'achat public de biens et services écoresponsables – 2000

Les objectifs de la loi incluent celui de verdir les appels d'offres des institutions publiques nippones (gouvernement, autorités administratives indépendantes, universités d'État, etc. ...), fournir des informations sur les biens et services écoresponsables, réduire leur empreinte environnementale et mettre en place un société jouissant d'un développement durable (article 1).

Article 1

(1) The objective of this law shall be:

- to establish the necessary provisions a) to encourage the State, independent administrative institutions, etc. and local governments to procure eco-friendly goods, etc., b) to provide information on eco-friendly goods, etc. and c) to encourage a shift in demand towards eco-friendly goods, etc.; -to establish society which can enjoy sustainable development with a lower environmental impact; and -to contribute to a sound and cultural lifestyle for citizens today and in the future.

La loi définit aussi ce que sont des biens ou services écoresponsables :

Article 2

(1) The "eco-friendly goods, etc." mentioned in this law shall mean the goods or services which satisfy any one of the following criteria:

(a) Recycled resources including materials or parts/components which contribute to the reduction of "environmental impact" (as provided in Article 2 (1) of the Basic Environmental Law (Law No. 91, 1993); the same shall apply hereinafter)

(b) Products which contribute to the reduction of environmental impact on one of the following grounds:

- materials or parts/components used in the aforementioned goods contribute to the reduction of environmental impact;
- greenhouse gas, etc. emitted as a result of the use of the aforementioned goods do not cause a large environmental impact;
- the whole or part of the aforementioned goods can be easily reused or recycled, so that generation of waste can be limited; and
- others.

(c) Services which contribute to the reduction of environmental impact, for example, services provided by utilizing products that contribute to the reduction of environmental impact (...)

La loi précise néanmoins que le prix payé pour les produits ou services environnementaux ne doit pas avoir pour conséquence d'augmenter le prix final du marché (article 11).

Article 11

(1) The State, Independent administrative institutions, etc., prefectures, cities, towns and villages shall make efforts for the proper and reasonable use of even eco-friendly goods, etc., and also give due consideration so as not to increase the procurement amount of goods, etc. because of promotion of the procurement of eco-friendly goods, etc. based on this law.

La mise en œuvre de cette loi est faite par les entités adjudicatrices qui se basent sur un guide intitulé « Politique de base pour la promotion d'un achat public écologiquement responsable » (Basic Policy). Ce guide explicite que les considérations environnementales doivent être prises en compte de manière additionnelle par rapport à la qualité du produit ou son prix (p. 2).

In addition to conventional considerations such as price and quality, environmental conservation must be considered when making purchasing decisions.

Les critères environnementaux exigés dans les appels d'offres peuvent être entendus largement et peuvent inclure le réchauffement climatique, la pollution de l'air, et la protection de la biodiversité. Le texte précise aussi que les biens ou services doivent être sélectionnés considérant leur capacité à respecter l'environnement tout au long de leur cycle de vie (p. 2). Ainsi, le guide vise très largement le respect de l'environnement.

The viewpoint for the maximum reduction of environmental impact must incorporate a wide range of environmental factors, including global warming, air pollution, waste, and the decrease of biodiversity, in as holistic a manner as possible. At the same time, goods and services must be selected in consideration of their ability to reduce environmental impact throughout the product lifecycle from resource acquisition to disposal. With regards to areas with specific environmental issues such as local air pollution, such local environmental issues must be considered with priority in making purchasing decisions.

L'appel d'offres doit être explicite quant à la prise en compte des critères environnementaux (p. 4).

Each institution shall establish procurement targets meeting the evaluation criteria for each designated procurement item.

Le texte précise aussi qu'au niveau du produit ou service, il est recommandé de prendre en compte le cycle de vie (p. 4), car celui-ci retranscrit davantage les incidences environnementales.

It is preferable to take into account the reduction of environmental impact over the entire product lifecycle when making green purchasing decisions.

Le guide donne enfin en annexe des critères d'évaluation environnementale d'environ 300 produits et services.

Loi concernant la promotion de la réduction des gaz à effets de serre dans les contrats étatiques – 2007

La loi est un complément de la précédente et vise spécifiquement à réduire les émissions de gaz à effets de serre.

Article 1

The purpose of this Law is to encourage a reduction of emissions of greenhouse gases and others by the State and other entities, thereby contributing to the creation of a society that enjoys environmentally sustainable development, by clarifying the responsibilities of the State and other entities and stipulating the formulation of a basic policy and other necessary matters with regard to the preferment of government contracts which address and promote the reduction of emissions of greenhouse gases and others of the State and other entities.

Ce texte dispose que les contrats publics doivent prendre en compte la nécessité de réduire les émissions de GES.

Article 5

The State shall formulate a basic policy for the preferment of contracts that address the reduction of emissions of greenhouse gases and others by the State and independent administrative institutions (...)

Cinq catégories de produits ou services sont visées spécifiquement : électricité, véhicules automobiles, navires et bateaux, énergie, et immeubles.

Cette loi est mise en œuvre par les entités adjudicatrices qui se basent sur un guide intitulé « Politique de base pour la promotion de la réduction des gaz à effets de serre dans les contrats étatiques ». Ce guide explicite notamment les critères d'évaluation du respect des critères environnementaux pouvant être utilisés lors d'un appel d'offres.

Il est intéressant de noter que le texte explique que les contrats accordés en vertu de la loi de 2007 doivent être conformes aux règles sur les marchés publics, mais aussi l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (p. 3) :

It is required to ensure accordance with other administrative purpose, with due consideration to compliance with the WTO Agreement on Government Procurement, lest an unnecessary impediment be posed on international trade.

Pour chaque produit ou service visé par la loi, le guide donne des consignes pour les acheteurs et la rédaction des appels d'offres sans toutefois donner de méthode de calcul pour l'octroi d'une éventuelle marge préférentielle.

Massachusetts

En 2009, le Massachusetts a adopté une politique d'achat public visant à conserver les ressources naturelles, réduire les déchets, protéger la santé publique et l'environnement, et promouvoir l'utilisation de technologies propres, de matériaux recyclés et de produits moins toxiques.

Cette nouvelle politique exige que toutes les autorités publiques du Massachusetts s'engagent à réduire leur impact sur l'environnement et améliorer la santé publique en achetant des produits et services écologiquement responsables.

Cette politique, issue du décret 515 (Executive order 515), dispose à sa section 2 que le cycle de vie des produits ou services doit être pris en compte pour évaluer la performance environnementale. Ainsi, la production, le transport, l'utilisation et la fin de vie sont pris en compte.

Section 2

(...) When purchasing goods and services, agencies shall consider the total cost of ownership, including all costs associated with the production, purchase, transportation, use, operation, and disposal of such products or services. Agencies shall also take into account any significant environmental and health impacts resulting from their purchasing decisions and incorporate those impacts into their best value considerations. Agencies shall also strive to incorporate the directives in this Order into all applicable grant and funding programs.

Le décret explicite aussi les facteurs pouvant être pris en compte au titre de l'achat public responsable. Ainsi, au titre de la section 7, les éléments suivants peuvent être considérés : l'efficacité énergétique, la réduction des substances toxiques, les contenus recyclés et la réduction des déchets, la durabilité des matériaux.

Selon le guide d'achat de juillet 2014 visant à encourager l'achat de produits et services écologiquement responsables, les marges préférentielles attribuées aux produits ou services verts se situent entre 5 et 10 % du prix (p. 14). Il s'agit

toutefois d'une recommandation et les marges – ainsi que les limites de celles-ci – ne sont pas obligatoires.

Price Preference: When a government agency, municipality or department, or any other entity is willing to pay a higher price (usually 5 - 10%) for recycled or environmentally preferable products.

Cette marge se retrouve aussi dans les contrats types fournis par l'État du Massachusetts, comme en atteste le guide sur l'utilisation de la marge préférentielle en matière énergétique du 2 avril 2014 (voir le *contract pricing* aux pages 4 et 5).

On note aussi que le Massachusetts tente de maximiser la marge préférentielle puisque le modèle fournit dans le guide d'achat de juillet 2014 indique que celle-ci doit être de 10% lorsque c'est possible.

Town departments shall implement a price preference (10% if possible) to encourage the procurement of recycled and environmentally preferable products.

Connecticut

Le cadre légal de l'achat public responsable est régi, au Connecticut, par le chapitre 58 de la loi sur les marchés publics.

Le paragraphe 4a-67 recommande aux autorités publiques de recourir, lors de leurs achats, à des produits ou services écologiquement responsables. Toutefois, cette préférence ne doit pas nuire à la concurrence et le respect des critères environnementaux ne doit pas affecter les fonctionnalités du produit ou service. La loi explique aussi que les critères environnementaux doivent être utilisés au stade du choix des offres comme spécification ou au stade de l'admission, ou au sein d'une évaluation de la qualité

Chap. 58, para. 4a-67h : Procedures promoting the procurement and use of recycled products and environmentally preferable products and services by state agencies.

(a) As used in this section, "environmentally preferable" means, with regard to products, services or practices, that such products, services or practices have a lesser or reduced negative effect on human health and the environment when compared to competing products, services or practices that serve the same function. "Environmentally preferable products" includes both recycled and recyclable products (...)

The department shall: (1) Designate environmentally preferable products, taking into consideration the raw materials acquisition, production, manufacturing, packaging, distribution, reuse, operation, maintenance or disposal aspects of such products, and establish minimum standards and specifications for their procurement and use; (2) when feasible, include the use of environmentally preferable products and services as a criteria in a multiple criteria bid or an evaluation factor in requests for proposals; and (3) consider the use of environmentally preferable business practices when reviewing the overall performance of a bidder or proposer's business operation.

L'acheteur public peut au titre du paragraphe 4a-59 de la loi, allouer une marge préférentielle de 10% aux produits écologiquement responsables :

Chap. 58, para. 4a-59 :

(...)the commissioner may give a price preference of up to ten per cent for (A) the purchase of goods made with recycled materials or the purchase of recyclable or remanufactured products if the commissioner determines that such preference would promote recycling or remanufacturing. (...)

Enfin, il existe des dispositions spécifiques pour certains marchés. Ainsi pour les produits nettoyants, tout produit doit être certifié ou satisfaire les critères de certification.

Chap. 58., para. 4b-15a. Cleaning products in state buildings. On or after October 1, 2007, no person shall use a cleaning product inside a building owned by the state unless such cleaning product meets guidelines or environmental standards set by a national or international environmental certification program approved by the Department of Administrative Services, in consultation with the Commissioner of Environmental Protection.

Vermont

Le Vermont a mis en place un programme d'achat vert afin d'encourager les autorités à acheter des produits et services écologiquement responsables. En effet, les acheteurs publics sont tenus de prendre en compte divers critères comme le prix, les coûts administratifs, mais aussi des critères environnementaux (incluant le cycle de vie du produit). Ce texte va plus loin que les critères environnementaux *stricto sensu* puisque la proximité avec le fournisseur ainsi que les coûts de transports sont pris en compte, tout comme l'utilisation du chemin de fer. On relève aussi que l'intérêt économique du Vermont est clairement énoncé : l'achat local est source d'emploi et l'utilisation du chemin de fer génère des revenus car il appartient à l'État.

Titre 29 des Statuts du Vermont

Para. 903

When purchasing any items mentioned in this chapter, the Commissioner of Buildings and General Services, in any determination of the best interest of the State shall consider (1) specified quality; (2) price; (3) ease of access of supply; (4) incidental administrative costs; (5) proven reliability of bidder; (6) use of recycled materials or products; (7) minimizing the creation, by the State, of solid waste; (8) the extent to which the usage of the item involves the generation of pollutants; (9) life cycle costs, if required under the State Agency Energy Plan, as implemented; (10) the interests of the State relating to the proximity of the supplier and the costs of transportation, and relating to the economy of the State and the need to maintain and create jobs in the State; and (11) the use of railroads and the increased revenues returning to the State from its railroad leasing program

Ce même programme incite aussi fortement les acheteurs publics à acheter des produits ou services locaux. En effet, en cas de présence d'une offre locale, l'acheteur est tenu de fournir les raisons explicites qui l'ont conduit à retenir une offre étrangère.

Titre 29 des Statuts du Vermont

Para. 903

(c) Whenever any business or industry located in Vermont and employing citizens of this State has submitted a bid and the item has not been purchased from them, the Commissioner of Buildings and General Services shall record his or her reason for assigning the order as he or she did and his or her report shall be a public record available to any interested person. All bids or quotations shall be kept on file in his or her office and open to public inspection.

Pour les produits verts, la loi permet à l'acheteur public de sélectionner des offres allant à un prix jusqu'à 10 % plus cher que la concurrence.

Titre 29 des Statuts du Vermont

Para. 903

The Commissioner, in the Commissioner's discretion, may spend up to 10 percent more for comparable products that are made of recycled materials.

Dans le cas où le prix des produits verts serait supérieur de plus de 10% aux autres, l'acheteur doit obtenir l'accord du commanditaire avant de passer le marché.

Titre 29 des Statuts du Vermont

Para. 903

If products made of recycled materials are to cost more than 10 percent more than comparable, the Commissioner shall receive consent of State entities that are to use the product, before completing the order for the materials in question.

Maine

Le Maine a adopté, le 4 novembre 2004, une politique d'achats publics responsables. Ceci se traduit, dans le texte, par la volonté de préférer les produits et services ayant un impact moindre sur la santé des populations et sur l'environnement en comparaison avec des produits ou services ayant des fonctions similaires.

Maine Environmentally Preferable Policy (p. 1)

(...) to purchase products and contract for services that have a reduced negative impact on human health and the natural environment in comparison to other products and services that serve similar purpose (...).

En outre, la politique dispose que l'État du Maine doit faire les efforts nécessaires pour augmenter la part de produits et services écologiquement responsables tout en prenant en considération le prix, la performance, la disponibilité et la sécurité.

Maine Environmentally Preferable Policy (p. 1)

To that end, the State shall carry on its efforts to seek ways to increase the acquisition of such products and services, to the extent feasible, balancing price, performance, availability, and safety

Dans la foulée, l'État du Maine a mis sur pied un programme d'achats publics responsables. Le programme n'indique pas s'il est possible d'appliquer des marges préférentielles aux produits écologiquement responsables. Toutefois, rien ne paraît l'interdire non plus. L'accès limité aux documents ne nous a pas permis de constater si de telles marges étaient utilisées en pratique.

New York

L'État de New York a adopté en 2005 un règlement visant à réduire l'impact environnemental des services de nettoyage de l'État (Executive order 134).

L'article 2 de ce texte énonce que les agences de l'État de New York doivent, dans leurs achats, utiliser des produits dont les propriétés ont des impacts réduits sur l'environnement et la santé humaine.

Article 2

All State Agencies shall procure and use cleaning products having properties that minimize potential impacts to human health and the environment consistent with maintenance of the effectiveness of these products for the protection of public health and safety (...).

Ce même texte met à la charge des services de l'État de New York d'adopter des stratégies et recommandations pour la sélection des produits verts, et pour encourager les contractants à proposer de tels produits.

Article 2 (suite)

The Commissioner of the Office of General Services (OGS), in consultation with the Commissioner of the Department of Health (DOH) and the Commissioner of the Department Agencies to: (i) select and procure products and use practices that reduce or minimize the risks of harmful effects to employees, custodial workers, visitors and other building occupants and to the environment; (ii) promote adoption of practices endorsed by this Order; (iii) recognize State Agencies that adopt and implement environmentally beneficial facility and workplace management policies and practices; (iv) encourage contractors supplying goods and services to State Agencies to select and procure such products; and (v) encourage lessors and building managers who provide leased space to State Agencies to select and procure such products.

En 2008, un autre règlement relatif à l'établissement d'un programme d'achats écologiquement responsables et d'une agence dédiée a été adopté.

Ce texte prévoit notamment que pour réduire l'empreinte environnementale de leurs achats, l'agence doit prendre en compte la réduction du risque sur la santé et l'environnement provenant de l'usage de produits toxiques, la minimisation du

déversement de polluants, la réduction de la toxicité des emballages, le recours maximal aux produits recyclés et toute autre pratique favorable à l'environnement.

Article C. 1 :

(...)The Committee shall focus on (...) technology that reasonably will: (a) reduce or eliminate the health and environmental risks from the use or release of toxic substances; (b) minimize risks of the discharge of pollutants into the environment; (c) minimize the volume and toxicity of packaging; (d) maximize the use of recycled content and sustainably managed renewable resources; and (e) provide other environmental and health benefits.

Des guides ont été publiés afin d'identifier les divers labels environnementaux utilisables selon les agences gouvernementales, et surtout de proposer des modèles de procédure tant dans l'appel d'offres que dans le suivi des contrats. Toutefois, aucune marge préférentielle n'est mentionnée sur les documents officiels (voir par exemple le guide EPP de la ville de New York).

Union européenne

L'Union européenne est une organisation d'intégration qui dispose de compétences étendues que ses États membres lui ont transférées en matière d'environnement et de marchés publics.

C'est le juge européen (à la fois le juge national qui est le juge de première instance du droit de l'UE, et la Cour de Justice de l'Union) qui a poussé le législateur à agir. En effet, l'adoption de règles d'achats responsables de première génération visant à verdir l'achat public faisait suite à l'affaire du Bus d'Helsinki (voir l'analyse de la décision). En 2014, l'adoption des textes de deuxième génération, visant à intégrer des préoccupations sociales, fait suite à des décisions des juridictions des États membres comme le Conseil d'État de France dans l'arrêt du 25 mars 2013, Département de l'Isère.

L'Union européenne a décidé de réglementer par le biais de directives. Ces textes fixent aux États membres des obligations de transposition des objectifs à atteindre tout en leur laissant le choix des moyens (loi ou règlement). Aussi, rien n'empêche les États de pousser davantage la logique d'achat responsable.

Les premiers textes ont été adoptés en 2004 et ont fait l'objet d'une révision en 2014, bien qu'ils n'entreront en vigueur qu'en 2016. Ces derniers seront présentés, car ils reprennent l'acquis précédent, tout en poussant davantage la logique de l'achat durable.

Le premier texte est la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Le second texte est la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Bien que différents, les deux textes abordent l'achat responsable de manière similaire.

D'un point de vue formel, ces directives revêtent une forme peu usuelle, car elles contiennent un préambule extrêmement long par rapport à ce qui se fait habituellement au sein de l'Union européenne. Le préambule n'a qu'une valeur interprétative, ce qui permet toutefois d'explicitier les intentions du législateur.

Plusieurs dispositions visent l'achat durable tant dans son volet social qu'environnemental.

Ainsi, les directives rappellent que la prise en compte du développement durable nécessite une collaboration entre les autorités et les pouvoirs adjudicateurs. Le respect des principes environnementaux et sociaux est entendu largement puisqu'il s'applique tant au stade de la sélection que de l'exécution.

Para. 37

Afin que les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail soient prises en compte de manière appropriée dans les procédures de passation de marchés publics, il importe tout particulièrement que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail qui s'appliquent au lieu où les travaux sont exécutés ou les services fournis, et qui découlent de lois, règlements, décrets et décisions en vigueur au niveau national et au niveau de l'Union, ainsi que de conventions collectives, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union. De même, les obligations découlant des accords internationaux ratifiés par l'ensemble des États membres, énumérés à l'annexe X, devraient s'appliquer lors de l'exécution du marché. Toutefois, cela ne devrait en aucune manière faire obstacle à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs. Il convient que les mesures pertinentes soient appliquées dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil (11) et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres.

Le texte précise ensuite qu'il est possible d'intégrer le développement durable peut être choisi à tout stade de la procédure d'appel d'offres.

Para. 40

Le contrôle du respect de ces dispositions du droit environnemental, social et du travail devrait être effectué aux stades pertinents de la procédure de passation de marché, lors de l'application des principes généraux régissant le choix des participants et l'attribution des marchés, lors de l'application des critères d'exclusion et lors de l'application des dispositions concernant les offres anormalement basses. Les vérifications nécessaires à cette fin devraient être réalisées conformément aux dispositions pertinentes de la présente directive, en particulier celles régissant les moyens de preuve et les déclarations sur l'honneur.

Le préambule offre aussi une analyse intéressante puisque le respect du développement durable n'apparaît plus comme une exception aux principes régissant les marchés publics, mais comme une règle au même titre que les autres.

Para. 41

Aucune disposition de la présente directive ne devrait empêcher d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre public, de la moralité et de la sécurité publiques, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux ou d'autres mesures environnementales, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Pour la certification, le texte indique une préférence pour l'utilisation de labels sans pour autant être exclusif ou exclure d'autres moyens de preuve, à la condition que les exigences soient objectivement vérifiables.

Para. 75

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent acquérir des travaux, fournitures ou services présentant des caractéristiques spécifiques d'ordre environnemental, social ou autre devraient pouvoir faire référence à un label précis, comme l'écolabel européen, un écolabel (pluri)national ou tout autre label, à condition que les exigences attachées au label soient liées à l'objet du marché telles que les exigences relatives à la description et à la présentation du produit, notamment à son emballage. Il est également essentiel que ces exigences soient définies et adoptées sur la base de critères objectivement vérifiables, suivant une procédure à laquelle les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs ou les organisations environnementales, peuvent participer, et que le label soit accessible à tous les intéressés et qu'ils puissent l'obtenir. Il convient de préciser que les parties concernées pourraient être des organismes publics ou privés, des entreprises ou tout type d'organisation non gouvernementale (organisation qui ne fait pas partie d'un gouvernement et qui n'est pas une entreprise traditionnelle).

La directive est explicite quant à l'intégration de critères environnementaux et sociaux en renvoyant notamment au cycle de vie.

Para. 92

Lorsqu'ils évaluent le meilleur rapport qualité/prix, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir les critères économiques et qualitatifs liés à l'objet du marché qu'ils appliqueront à cette fin. Ces critères devraient donc permettre une évaluation comparative du niveau de prestation offert par chaque soumissionnaire par rapport à l'objet du marché, tel qu'il est défini dans les spécifications techniques. Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive. Il y a lieu d'encourager les pouvoirs

adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

Les critères retenus ne devraient pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, ils devraient garantir une concurrence effective et équitable et être accompagnés de modalités qui permettent de vérifier effectivement les informations fournies par les soumissionnaires.

Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères qualitatifs devraient dès lors être assortis d'un critère de coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie. Toutefois, les critères d'attribution ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de dispositions nationales établissant la rémunération de certains services ou imposant un prix fixe pour certaines fournitures.

Elle énonce certains aspects environnementaux et sociaux pouvant être évalués lors de l'évaluation du prix.

Para. 93

(...) des aspects liés au service après-vente (par exemple l'étendue des services de conseil et de remplacement) ou des aspects sociaux ou environnementaux (par exemple le fait que des livres aient ou non été imprimés sur du papier recyclé ou du papier produit à partir de bois issu de sources durables, les coûts imputés aux externalités environnementales ou le fait que l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché ait ou non été facilitée) (...)

La directive explicite ce que les autorités entendent par cycle de vie.

Para. 96

La notion de calcul du coût du cycle de vie couvre tous les coûts supportés durant le cycle de vie des travaux, fournitures ou services.

Elle englobe les coûts internes, tels que la recherche à réaliser, le développement, la production, le transport, l'utilisation, la maintenance et le traitement en fin de vie, mais peut également comprendre les coûts imputés aux externalités environnementales, tels que la pollution causée par l'extraction des matières premières utilisées dans le produit ou par le produit lui-même ou sa fabrication, à condition qu'ils puissent être monétisés et faire l'objet d'un suivi. Les méthodes utilisées par les pouvoirs adjudicateurs pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales devraient être établies au préalable d'une manière objective et non discriminatoire et être accessibles à toutes les parties intéressées.

Ils développent une conception complète de la chaîne d'approvisionnement.

Para. 97

En outre, afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures de passation de marché, il convient que les pouvoirs adjudicateurs soient autorisés à appliquer des critères d'attribution ou des conditions d'exécution de marché liés aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché public sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, depuis l'extraction

des matières premières utilisées pour le produit jusqu'au stade de l'élimination de celui-ci, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation et ses conditions, desdits travaux, produits ou services, ou dans un processus spécifique lié à un stade ultérieur de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel (...)

En outre, le texte permet d'exclure des appels d'offres des soumissionnaires qui ne se seraient pas avérés fiables en matière environnementale et sociale.

Para. 101

Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, (...)

Le corps du texte contenant les articles à portée obligatoire reprend en détail les obligations environnementales visées dans le préambule, mais les dispositions ont une force contraignante.

Ainsi, les États doivent veiller à ce que les opérateurs économiques se conforment aux obligations sociales et environnementales.

Article 18 para 2

Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X.

Un article est consacré à la certification. Les autorités européennes semblent préférer la preuve par ce biais. Toutefois, un opérateur pour qui une certification serait trop coûteuse ou pour qui le délai d'obtention ne lui permettrait de soumissionner peut apporter la preuve du respect d'obligations environnementales ou sociales par tout autre moyen.

Art. 43

Labels

1. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées:

- a) les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché;
- b) les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires;
- c) le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer;
- d) le label est accessible à toutes les parties intéressées;
- e) les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas que les travaux, fournitures ou services remplissent toutes les exigences en matière de label, ils indiquent les exigences qui sont visées.

Les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier acceptent tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label.

Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le pouvoir adjudicateur accepte d'autres moyens de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant, pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les travaux, fournitures ou services qu'il doit fournir satisfont aux exigences concernant le label particulier ou aux exigences particulières indiquées par le pouvoir adjudicateur

2. Lorsqu'un label remplit les conditions prévues au paragraphe 1, points b), c), d) et e), mais fixe aussi des exigences qui ne sont pas liées à l'objet du marché, les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas le label en soi, mais ils peuvent définir la spécification technique par référence aux spécifications détaillées de ce label ou, si besoin est, aux parties de celles-ci qui sont liées à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques de cet objet.

Le marché est en principe attribué sur la règle de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il est donc possible d'y inclure des critères sociaux et environnementaux à la condition que celles-ci ne restreignent pas excessivement la concurrence.

Article 67

Critères d'attribution du marché

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.

3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans:

a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou

b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

4. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, les pouvoirs adjudicateurs vérifient concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

5. Le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents de marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette avec un écart maximum approprié.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les autorités européennes rappellent aussi que l'analyse du coût de cycle de vie permet de prendre en compte les considérations environnementales et sociales.

Article 68

Coût du cycle de vie

1. Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage:

a) les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs, tels que:

i) les coûts liés à l'acquisition,

ii) les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources,

iii) les frais de maintenance,

iv) les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage.

b) les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée; ces coûts peuvent inclure le

coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

2. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, ils indiquent dans les documents de marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode utilisée (...)

En outre, le développement durable est aussi à prendre en compte dans les conditions d'exécution du marché.

Article 70

Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

En annexe, les directives fournissent une liste des accords internationaux qui peuvent être utilisés pour caractériser les obligations environnementales et sociales des soumissionnaires.

Annexe X – Liste des conventions internationales dans le domaine social et environnemental visées à l'Article 18, para 2.

Convention no 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical,

Convention no 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective,

Convention no 29 de l'OIT sur le travail forcé,

Convention no 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé,

Convention no 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi,

Convention no 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession),

Convention no 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération,

Convention no 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants,

Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone,

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle),

Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants,

Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (PNUE/FAO) (Convention PIC), et ses trois protocoles régionaux.

Colombie-Britannique

La Colombie-Britannique a adopté des directives visant à encourager les ministères à acheter des produits et services écologiquement responsables dans le cadre de leurs marchés publics.

La Politique en matière d'achats publics vise à réduire l'impact environnemental de ceux-ci.

Art. 6.1 Objectives (...)

The following objectives for government procurement of goods, services and construction are based on the principles of fair and open public sector procurement: competition, demand aggregation, value for money, transparency and accountability. (...)

- assets that are surplus to the needs of government are disposed of in a coordinated way to maximize the dollar return to government, and to minimize the risk to the environment.

La politique encourage aussi les autorités à suivre les directives pour l'Achat responsables qui sont développées par le gouvernement.

Art. 6.3 Policy

6.3.1. Procurement planning

14. Ministries are encouraged to follow the Guidelines for Procurement of Environmentally Responsible Products and Services. These guidelines are available here on the Procurement Services Branch, SSBC website.

Les directives du gouvernement explicitent la politique d'achats responsables.

Les directives fixent des objectifs visant à favoriser l'achat responsable. Pour cela, lorsque cela est rentable et possible, il faut utiliser en priorité des services et produits écologiques, car, *in fine*, ceci conduira à augmenter la demande et à faire baisser leur prix. Une attention particulière doit être portée aux produits ou services dont la consommation énergétique est faible ou recyclée.

Guidelines for Procurement of Environmentally Responsible Products and Services

Objectives

These procurement guidelines are designed to encourage ministries to consider environmentally responsible products and services as part of their purchasing decisions. The objectives of these guidelines are:

- To provide an environmental role model for government procurement, by making it a priority to use environmentally responsible products and services, where feasible and cost effective.
- To increase demand for environmentally responsible products and services, which may ultimately enhance their quality and cost competitiveness.
- To continue to increase government's conservation of resources through the use of more reusable products, and products and services which require less energy and materials to produce or use.

Par la suite, les autorités développent des principes visant à mettre en œuvre une politique d'achat responsable.

Ainsi, lorsque cela est faisable et rentable, les autorités doivent acheter des produits écologiquement responsables. Sont visés ici les produits et services produisant peu de déchets, dont la consommation énergétique est limitée, dont la toxicité est limitée, recyclables ou encore réutilisables. Les principes expliquent aussi que l'augmentation d'achats de produits et services responsables aura pour effet d'en faire baisser le coût.

Guidelines for Procurement of Environmentally Responsible Products and Services

Principles:

Where feasible and cost effective, the Government of British Columbia will acquire products and services that are environmentally responsible. Environmentally responsible products are those that reduce waste, improve energy efficiency, limit toxic by-products, contain recycled content or are reusable. Environmentally responsible services are those that employ environmental responsibility in their delivery.

The substitution of environmentally sensitive products for more environmentally harmful products will increase as their usage becomes more prevalent and as they become more cost effective and of comparable quality to those products previously purchased.

Enfin, le guide d'achat s'attarde sur les pratiques en matière d'achats responsables. Ainsi, la préférence doit être donnée aux produits écologiques lorsque cela est rentable et possible. Dans le cadre de la gestion des achats, les autorités peuvent aussi utiliser des produits écologiques à titre expérimental.

Le guide rappelle enfin que les critères d'attribution doivent être publiés dans le document d'appel d'offres et devraient viser la politique environnementale du soumissionnaire. Les certifications, lorsqu'elles sont accessibles et pertinentes peuvent être utilisées, mais des spécifications techniques environnementales peuvent aussi être prises en compte dans les spécifications du produit.

Where feasible and cost effective and where the products are compatible with individual ministry requirements, preference should be given to purchase of environmentally sensitive products and services.

As part of prudent acquisition management, ministries should consider use of environmentally sensitive products and services on a trial basis to ensure performance and technical requirements are met, prior to making longer term purchasing commitments.

Evaluation criteria specified in the solicitation document should consider the environmental impact over the life cycle of each product compared to the alternatives, by taking into account economic and environmental impact, production processes used, energy use, maintenance and disposal requirements.

Evaluation criteria specified in a services solicitation document should consider a proponent's corporate environmental sustainability policy.

Where they are cost effective and meet performance and technical standards, products certified under a relevant environmental labelling program may be specified in the solicitation document. Specific environmental technical requirements may also be included in product specifications.